

THÈSE DE

PARIS.

1889

N^o. 4.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE

L'INALIÉNABILITÉ

DU FONDS DOTAL

DROIT FRANÇAIS

DU REMPLOI

SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Édouard AUBIN DE BLANPRÉ

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1889

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE

L'INALIÉNABILITÉ
DU FONDS DOTAL

DROIT FRANÇAIS

DU REMPLOI

SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le vendredi 10 mai 1889, à 2 heures 1/2

PAR

Édouard AUBIN DE BLANPRÉ

Président: M. GÉRARDIN,

SUFFRAGANTS :	{	MM. LEVEILLÉ,	{	professeur
		JOBBÉ-DUVAL,		agregés
		MASSIGLI,		

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1889

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

Châteauroux. — Typographie et Stéréotypie A. MAJESTÉ

DROIT ROMAIN

DE

L'INALIÉNABILITÉ

DU FONDS DOTAL

CHAPITRE PREMIER

De la dot.

On appelle dot des valeurs qui sont apportées soit par la femme, soit par un tiers pour aider le mari à subvenir aux dépenses du ménage. La constitution de dot a pour effet d'en rendre le mari propriétaire sous condition éventuelle de sa restitution à la dissolution du mariage.

La dot pouvait être constituée par le père de famille sous la puissance duquel se trouvait la femme, par la femme elle-même ou par un tiers. Elle était constituée de manières différentes : on l'établissait par *datio*, par *dictio*, ou par *promissio*. (Ulpien, VI, § 1.)

1° Par *datio* : c'est le transfert de la propriété sans

obligation préalable par un des modes d'acquérir la propriété.

2° Par *promissio* : c'est une des applications de la stipulation.

3° Par *dictio dotis* : c'est une ancienne forme du contrat *verbis*, qui diffère de la stipulation en ce que c'est une simple affirmation, qui n'exige ni question, ni réponse. La forme que l'on trouve au livre *De jure dotium* est celle-ci : *fundus ille tibi erit ; centum tibi doti erunt* (L. L. 25, 44, § 1 ; 46, § 1, 59 pr. *De jure dotium*). D'après un passage de Térence (*Andria* V. 4 v. 47 et 48), il faudrait une acceptation du mari, mais ce passage n'est pas décisif.

Pendant longtemps, ces trois modes furent les seuls usités pour constituer une dot, mais sous Théodose le pacte de dot devint obligatoire, ce qui fait que dans le dernier état du droit, la dot se constituait par simple pacte, par *datio* et par *promissio*.

Nous avons dit que le mari propriétaire de la dot pendant le mariage, était débiteur de sa restitution à la dissolution. Sa situation n'est pas la même s'il se trouve en présence de corps certains non estimés ou de choses fongibles et corps certains estimés.

Si la dot consiste en choses qui se consomment par le premier usage ou en argent, l'obligation du mari sera la même que celle du quasi usufruitier. Dans ce cas le mari ne doit à la dissolution du mariage

qu'une même quantité (L. 20, *De jure dot.*). La femme n'a qu'un droit de créance. Nous assimilons aux choses fongibles, qui disparaissent par le premier usage, les corps certains qui ont été constitués en dot avec estimation. Dans ce cas le mari ne devra restituer qu'une somme d'argent. Si la dot se compose de corps certains, qui survivent à l'usage que l'on en fait, le mari est débiteur de ces corps certains.

Cette distinction entraîne des conséquences importantes :

1° S'il s'agit de choses estimées ou fongibles, le mari bénéficie des plus-values et supporte les pertes, tandis que l'amélioration ou la détérioration des choses non estimées est supportée par la femme. (L. 10 pr. et § 1, *De jur. dot.* — frag. Vatic. § 101.)

2° En cas d'estimation, le mari est traité comme un acheteur. Le vendeur est obligé de mettre l'acheteur en possession et de le préserver d'éviction : il en sera de même pour le mari qui aura l'action *ex empto* (L. 6 C. VIII, 45). Le plus souvent on avait l'habitude de stipuler le double du prix : *pœnam enim eum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis*. (Just. Inst. III, 19, § 19.)

Le vendeur, en cas d'éviction, était tenu de l'action *ex empto*. Puis, peu à peu, on prit l'habitude de sous-entendre la stipulation du double et l'action *ex empto*

put suppléer à l'action *ex stipulatu duplæ* : *quia assidua est duplæ stipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi posse si duplam venditor Mancipii non caseat.* (L. 31, § 20, D. XXI, 1).

Il semblerait, d'après cela, que la stipulation du double n'ait aucune utilité. Cependant, d'après M. Labbé¹, voici comment on peut la concevoir : « La *stipulatio duplæ* était habituelle à Rome ; mais elle n'était pas nécessaire. Les parties pouvaient convenir qu'elle n'aurait pas lieu. Cette convention accessoire au contrat de vente n'était assujettie à aucune forme. Si la stipulation n'avait pas été faite, au moment où l'acheteur évincé intentait l'action *empti* pour obtenir les mêmes avantages que par l'action *ex stipulatu*, un débat pouvait s'élever sur le point de savoir si l'acheteur avait ou non dispensé le vendeur de lui fournir cette sûreté. Une semblable difficulté était prévue par l'accomplissement de la stipulation. »

Si la chose donnée en dot n'a pas été estimée, il faut distinguer : si elle a été constituée par promesse ou par *dictio*. Le constituant a contracté une obligation et en cas d'éviction sera responsable et tenu soit d'une *condictio*, soit d'une action *prescriptis verbis*. Si elle a été constituée par *datio*, comme il n'y avait là aucune obligation, le mari n'aura que l'action *de*

1. M. Labbé, *De la garantie*, p. 11.

dolo ou une action *in factum*. (L. 98 pr. *De sol. XLVI*, 3 — L. 1. C. *De jur. dot.* V. 12.)

3° Le mari *usucapere pro emptore* et non *pro dote* dans le cas d'estimation; il a besoin d'être de bonne foi au moment de l'estimation et de la tradition; tandis que dans l'autre cas, la bonne foi n'est exigée seulement qu'au moment de l'entrée en possession. (L. 1, § 2, *Pro dote*, XLI, 9.)

4° En cas d'estimation, le mari bénéficie de tous les produits de la chose. A défaut d'estimation, tout cela doit lui être restitué. (L. 10, § 2 et 3; L. L. 39 pr. 69, § 9, *De jur. dot.*)

5° Vis à vis des biens estimés le mari est investi des droits les plus complets. (L. 21 *De manum.* — L. L. 1 et 7, C. *De serv. pig. dot.*) Tandis que si le mari a aliéné des choses non estimées, il est tenu de l'action *rei uxoriæ*.

On pouvait aussi estimer le fonds dotal en insérant la clause que l'estimation ne vaudrait pas vente. Dans ce cas, le mari restait tenu de rendre l'immeuble; mais cette estimation avait pour but de fixer la somme qu'il devait payer dans le cas où l'immeuble viendrait à périr en tout ou partie par sa faute.

La femme pouvait, si elle voulait, constituer en dot, tous ses biens (L. 4. C. V, 12). Cujas, s'appuyant sur une loi du Code Théodosien soutient que la dot ne peut excéder un million de sesterces. Mais la loi sur la-

quelle il s'appuie fixe la quotité qu'un conjoint peut recevoir d'un autre *mortis causa*, et non *dotis causa*. Du reste, la loi 72 D. 23, 3, fournit un argument contre l'opinion de Cujas.

Quand la dot n'était pas restituable, le seul moyen qui permit à la femme de laisser ses biens à ses enfants, était d'en transférer la propriété au mari. Plus tard quand la dot devint restituable, que les femmes acquirent le droit de faire un testament, et que le sénatus-consulte Orphitien établit la succession *ab intestat* des enfants sur les biens de leur mère, cet intérêt disparut.

Le mari est, à la dissolution du mariage, débiteur de la restitution de la dot : mais pour savoir à qui il devait cette restitution, il fallait distinguer si la dot était profectice, adventice ou réceptice.

La dot profectice est la dot qui est constituée par le père de famille. Cette dot se restitue à la femme, quand le mariage se dissout par le divorce ou le prédécès du mari ; si la femme meurt pendant le mariage, elle se restitue au père constituant, et, dans ce cas, le mari a le droit de conserver un cinquième de la dot par enfant. Si le père est mort, le mari garde toute la dot. (Ulpien, VI, § 4. — L. 5, § 11, *De jur. dot.*)

La dot adventice est celle que constitue toute autre personne que le *paterfamilias*, soit la femme, soit un

tiers. (Ulpien, VI, § 3) Elle n'est restituable qu'après le prédécès du mari. En cas de divorce, le mari est tenu de la restituer à la femme, mais il en est dispensé si la femme meurt sans l'avoir mis en demeure. (Ulp. VI, 7) Quand le mariage est dissous par le prédécès de la femme, le mari garde la dot, à moins que le constituant n'en ait stipulé le retour, auquel cas la dot est dite réceptice (Ulpien, VI, 3).

On peut facilement justifier ces décisions. Dans le cas où la femme survit, il importe qu'elle puisse se remarier « *reipublicæ interest mulieres salvas dotes habere, propter quas nubere possunt* ». (L. 2, *De jur. dot.*) Si la femme meurt pendant le mariage, il n'y a plus la même raison. Cependant si la dot est profectice, on ne suppose pas que le constituant ait voulu faire une libéralité au conjoint; il n'a agi que sous l'influence d'une obligation morale. Quand, au contraire, la dot est adventice, on n'y voit pas l'idée d'une dette, mais l'idée de libéralité. (L. 19, D. *De ritu nuptiarum*. — L. 6, D. *De jure dotium*.)

CHAPITRE II

Mesures prises pour assurer la restitution de la dot avant la loi Julia.

A l'origine de Rome, nous voyons le mariage respecté : la monogamie entraîne l'indissolubilité du mariage : « C'est l'union de deux vies, la confusion de deux patrimoines, la mise en commun de tous les intérêts temporels et religieux ». (Modestin, fr. 1, D. XXIII, 2). Sans doute le divorce n'est pas défendu par la loi, « mais, dit M. Gide ¹, il est interdit par la religion et les mœurs : l'homme qui répudie sa femme est déshonoré par le blâme du censeur ; il est excommunié par le prêtre, et ne peut racheter sa faute qu'en déposant une partie de ses biens sur l'autel des divinités, qui ont présidé à son union. Cette sanction morale fut plus efficace que ne l'a jamais été celle

1. Gide, *Condition privée de la femme*, p. 112.

des lois, le divorce n'était pas illégal, mais il était moralement impossible, et tous les auteurs de l'antiquité s'accordent à dire que, durant cinq siècles, l'on n'en vit pas un seul exemple. »

L'autorité maritale était loin d'être exagérée, comme on le croit quelquefois et le principe de l'autorité du mari ne portait pas atteinte à l'indépendance des époux. Tantôt le mariage était accompagné de la *manus*, tantôt il ne comportait pas de *conventio in manum*. L'effet de la *manus* était de faire entrer désormais la femme dans la famille de son mari, tandis que s'il n'y avait pas eu *manus*, la femme et ses biens, sauf ceux qu'elle avait apportés en dot, restaient sous la puissance de son propre *paterfamilias*. On étendit même à l'ex-*paterfamilias*, qui avait émancipé sa fille, la règle concernant le *paterfamilias*.

Ce respect de l'union conjugale était le plus sûr garant des intérêts pécuniaires de la femme. Mais quand les divorces s'établirent dans les mœurs (le premier cité est celui de Spurius Calvilius Ruga, en l'an 520) et devinrent très fréquents, il devint nécessaire de protéger plus efficacement la femme contre la cupidité de son mari. L'Etat était aussi intéressé que les particuliers à ce que la dot fut restituée à la femme : on admettait, en effet, comme règle d'ordre public que « *mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt* ». Aussi les femmes prirent-elles

l'habitude de stipuler la restitution de la dot, afin qu'en cas de divorce, cette restitution les mit à même de contracter un second mariage et, dans l'intérêt de l'État, on décida que quand la femme avait négligé de stipuler la restitution de la dot, on lui accorderait l'action *rei uxoriæ*.

L'action *rei uxoriæ* a pour but d'assurer la restitution de la dot. Par conséquent, dans les origines de Rome, nous n'en trouvons pas trace : le mariage était respecté et indissoluble et on n'avait pas jugé nécessaire la restitution de la dot. Mais du jour où les divorces se multiplièrent, on l'établit et il fut urgent de garantir le patrimoine de la femme : c'est là l'origine de l'action *rei uxoriæ*.

Pour donner naissance à cette action, il faut que 1° la dot ne soit pas restituable en vertu d'une stipulation ou d'un pacte. On admit que la promesse de dot, sans stipulation, formait un contrat innommé, qui fut muni de l'action *prescriptis verbis* (*L. unic. C. § 13 De rei uxoriæ*). Dans le premier cas, il y aurait lieu à l'action *ex stipulatu*, dans le second à l'action *prescriptis verbis* ou à une *condictio*.

2° Que le mariage soit dissous.

3° Que la dissolution du mariage résulte du divorce ou de la mort du mari

Si le mariage est dissous par le divorce (Ulp. VI, § 6), si la femme est *alieni juris*, l'action appartient à

son père qui ne peut l'exercer qu'avec son consentement, car si le père de famille avait pu exercer son action sans le consentement de sa fille, il y aurait eu des intérêts pécuniaires qui auraient tenté le père de lui imposer le divorce. Si la femme est *sui juris*, c'est elle-même qui a l'action *rei uxoriæ*.

Si le mariage est dissous par la mort du mari, même solution; s'il est dissous par la mort de la femme, l'action ne peut appartenir qu'au père (Ulpien, VI, § 4).

Si le mari était *sui juris* au moment de la constitution de la dot, c'est lui qui sera tenu de l'action *rei uxoriæ*. S'il était *alieni juris*, il faut distinguer : 1° S'il a reçu la dot sans l'ordre de son père, le fils est tenu et le père ne peut être poursuivi que jusqu'à concurrence du pécule par l'action de *peculio*, ou jusqu'à concurrence du profit qu'il a retiré de l'acte par l'action de *in rem verso*.

2° Si la dot a été donnée soit au père, soit au fils qui l'a acceptée sur l'ordre de son père, le père est tenu *in solidum*.

La restitution des corps certains peut être exigée immédiatement, mais pour les sommes d'argent, elles sont exigibles en un, deux ou trois ans après la dissolution du mariage (Ulp. VI, § 8).

Le mari doit rendre le fonds dotal et les acquisitions qui n'ont pas le caractère de fruits. Mais, d'autre

part, le mari est autorisé à exercer certaines rétentions

1° *propter liberos* : trois conditions sont nécessaires : enfants issus du mariage ; le divorce ne doit pas avoir eu lieu *bona gratia* ; la répudiation, quel que soit l'époux qui l'a signifiée, doit procéder d'une faute de la femme ou du père sous la puissance de qui elle est placée. (Ulpien, VI, § 10) 2° *propter mores*, en cas d'inconduite de la femme (Ulp. VI, § 12) ; 3° *propter res donatas*. A l'origine, les donations entre époux étaient permises, mais elles étaient fort rares, par suite de la *manus*. Plus tard, la *manus* se rencontrant moins souvent, on se méfie de l'influence que pouvait avoir l'un des conjoints sur l'autre et on prohiba les donations entre époux. (L. L. 1, 23 pr. XXIV, 1.) Cependant, on excepta les donations de peu d'importance, les donations *mortis causa* et les donations *divortii causa* qui supposent le mariage dissous par la mort et par le divorce. Dans ce cas, le mari avait le droit de rétention sur les choses à lui données *divortii* ou *mortis causa*.

4° *Propter res amotas*, 5° *propter impensas*. Ces différentes retenues sur le montant des biens à restituer variaient suivant les cas où l'on se trouvait.

Le mari poursuivi en vertu de l'action *rei uxoriæ* jouit de l'exception *quod facere potest* ; il ne pourra être condamné que jusqu'à concurrence de son actif brut.

Si le mariage est dissous par le divorce et que la

femme meurt sans avoir mis le mari en demeure, l'action s'éteint et ne passe pas aux héritiers (Ulp. VI, § 7.) Il n'en est pas de même en cas de dot profectice quand l'ascendant constituant survit à la femme : il a alors l'action *rei uxoriæ* (Ulp. VI, § 4).

L'action *rei uxoriæ* n'appartenait à la femme qu'autant qu'il n'y avait pas eu stipulation ; dans ce cas, la femme avait, pour recouvrer sa dot, une action *ex stipulatu*.

L'action *ex stipulatu* était une action de droit strict, tandis que l'action *rei uxoriæ* était de bonne foi. C'est une action contractuelle qu'exerce la femme ou le constituant qui a stipulé la restitution de la dot : elle passe aux héritiers de la femme (Ulp. VI, § 7). L'action *ex stipulatu* fait rendre au mari, sans aucun délai, la dot (Ulp. VI, § 8) : elle ne lui donne pas droit aux retenues *propter liberos*, *propter mores*, *propter impensas*, *propter res donatas*, *propter res amotas*. (Ulp. VI, § 9 — 77). De plus, l'action *ex stipulatu* ne permet pas au mari de se prévaloir de l'exception *quantum facere potest*.

Malgré l'action *rei uxoriæ* la femme n'est toujours que créancière de son mari. On tendit de plus en plus à entourer sa créance de sûreté, mais le principe qui prime tout en cette matière est la propriété du mari. Pour donner plus de garantie à la créance dotale de la femme, on lui donna un *privilegium inter*

personales actiones, le privilège portait sur tous les biens du mari. (L. 74, *De jur. dot*). Mais cette protection était bien insuffisante et ce droit de préférence ne pouvait être opposé qu'aux créanciers chirographaires. Le mari restait libre d'aliéner les biens dotaux et pouvait, en dissipant tous ses biens, rendre le *privilegium* inutile. La femme n'avait aucun droit de suite et ne pouvait faire révoquer les aliénations, sauf cependant qu'elle pouvait, comme tout créancier, intenter l'action Paulienne pour faire révoquer les aliénations faites en fraude de ses droits.

Dans toute la période de droit que nous avons étudiée, nous avons d'abord vu le mariage honoré et indissoluble, la dot n'était pas restituable, donc inutile de s'occuper de sa restitution.

Puis, du jour où le divorce s'introduisit dans les mœurs, la préoccupation constante de la législation fut de sauvegarder les intérêts pécuniaires des femmes et de leur permettre ainsi des seconds mariages. C'est dans cette intention que l'on donna aux femmes les actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu* et que leur créance fut privilégiée. Cette réforme ne suffit pas et la loi Julia vint donner une force nouvelle aux droits des femmes.

CHAPITRE III

Loi Julia.

La loi Julia *de adulteriis et de fundo dotali* fut rendue sous Auguste dans le but de favoriser le mariage. Elle s'occupait aussi de l'adultère de la femme et on se demande comment elle pouvait traiter deux sujets aussi différents. D'après Hugo, la loi Julia favorisait *l'accusatio adulteri*: le mari qui poursuivait l'adultère de la femme doit d'abord divorcer. Or, comme il doit rendre la dot, on craint qu'il n'intente pas *l'accusatio adulteri*, dans l'impossibilité où il pourrait être de le faire. La loi Julia l'empêchant d'aliéner la dot le met au-dessus de ces considérations pécuniaires et, n'ayant plus aucune difficulté à la restituer, il n'hésitera pas à poursuivre l'adultère de la femme. C'est cette opinion qui est la plus généralement admise.

M. Demangeat¹ a soutenu une autre opinion. D'après lui, la loi Julia a pour but d'encourager au mariage en réprimant l'adultère et en sauvegardant l'intérêt de la femme. En effet, l'explication de Hugo serait bonne si le fonds dotal était inaliénable d'une manière absolue, mais il suffirait du consentement de la femme pour faire paraître la garantie donnée par la loi Julia et rendre difficile *l'accusatio adulterii*.

La prohibition d'aliéner établie par la loi Julia n'est pas absolue : le mari peut aliéner avec le consentement de la femme le fonds dotal ; aussi certains auteurs en ont tiré la conclusion que le mari n'était pas propriétaire du fonds dotal, d'autres que le mari et la femme étaient copropriétaires.

Pour nier la propriété du mari, on s'appuie sur la loi 75, D. *De jur. dot.* « *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est ; et marito placuit ut si fundum inæstimatum dedit, cujus nomine duplæ stipulatione cautum habuit, isquæ marito evictus est, statim eam ex stipulatione agere posse : porro cujus interest, non esse evictum quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id quod eum in dotem habere desiit, hujus etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit emolumenti potestatem esse creditur, cujus etiam matrimonii onera maritus sustinet* », (L. 75 D

1. M. Demangeat, *De la condition du fonds dotal en droit romain*, p. 61.

De jur. dot.). A deux reprises, le jurisconsulte déclare que le mari est propriétaire de ce fonds et cependant il dit que cette dot appartient à la femme. Cette femme constitue en dot un fonds non estimé: elle l'avait acheté d'un tiers et en vue d'une éviction possible, elle avait stipulé le double du prix, si *fundus evictus fuerit*. Le fonds est évincé entre les mains du mari: c'est la femme qui a l'action, car « *dos mulieris est* » dit-il. *Duorum solidum eadem res esse non potest*: deux personnes ne peuvent pas être propriétaires de la même chose. Le mari et la femme sont-ils donc copropriétaires? non, ce serait contraire aux textes et à la destination de la dot.

Pour enlever au mari la propriété de la dot, on s'appuie encore sur les lois L. 15, *Qui satis coguntur*; L. 21, § 4, *ad municipalem*; L. 81, § 1, D. XXXV, 2.

La loi 15 D. *qui satis coguntur* considère le mari et la femme comme possesseurs au même titre et conclut à la copropriété. Cet argument n'est pas décisif, car la loi a uniquement pour but de dispenser la femme de donner la *cautio judicio sisti*.

La loi 21, § 4, *ad municipalem* dit que, dans l'estimation de la fortune du mari, il ne faut pas tenir compte de la dot. Cela ne prouve nullement que le mari n'en soit pas propriétaire; il est débiteur éventuel de sa restitution et cela suffit pour que l'on ne doive pas tenir compte, dans sa fortune, des biens dotaux.

Tryphoninus dit : *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est* (75 *De jur. dot.*) ce qui est la propriété de la femme ce n'est pas la dot, mais le droit à la restitution.

Enfin on s'appuie sur le *legs* de la dot : « *Dos relegata extra rationem legis Falcidiae est, scilicet quia rem suam mulier recipere videtur.* » (81, § 1, D. XXXV, 2). Mais le legs ne prendra naissance qu'à la mort du mari et ses héritiers doivent la restitution de la dot ; il est donc juste de ne pas tenir compte de ce legs dans le calcul de la loi *Falcidie*.

Par contre, des textes beaucoup plus formels établissent la propriété du mari :

Gaius (II, 62, 63) répond à l'objection de ceux qui prétendent que tout propriétaire a le droit d'aliéner et que le mari n'ayant pas ce droit n'est pas propriétaire : « *accidit aliquando ut qui dominus sit, alienandæ rei potestatem non habeat.* » Le mari, en effet, est bien propriétaire de la dot, mais il est débiteur de sa restitution et c'est pour la garantir que la loi Julia fut rendue. La loi 7, § 2, *De jur dot*, dans le même sens. Un autre texte de Gaius, L. 49, *De furtis*, donne l'action *furti* au mari : « *Item rei dotalis nomine, qui periculo mulieris est, non mulier actionem furti habet, sed maritus.* » Dans Ulpien (L. 24, *De act. rer. am.*) « *Ob res amotas, vel proprias viri, vel etiam dotales tam vindictio quam condictio viro adversus mulierem competit :*

et in potestate est, qua velut actio uti. » Ce texte suppose que la femme a soustrait des choses dotales ; il y a *furtum*. La revendication et la *condictio* appartiennent au mari. Le mari est donc seul propriétaire. Si les époux étaient copropriétaires, chacun d'eux aurait l'action résultant de la vente, ce qui n'est pas.

On a expliqué de différentes manières le frag. 75.

Première explication. — Quand la dot émane d'un autre que de la femme, d'un parent, d'un ascendant, c'est dans l'intérêt de la femme que la constitution de dot a eu lieu. Quand on se dépouille gratuitement pour la femme, on est guidé par l'affection qu'on lui porte. C'est donc bien à la femme que la dot est adressée. La dot est faite en considération de la femme. En droit, le mari acquerra le *dominium* sur les choses dotales, mais la dot est faite en vue de la femme.

2^e explication. — Quoique pas propriétaire, la femme prend part à la dot : à cause d'elle, la femme vivra plus largement.

3^e explication. — La femme, à partir d'une certaine époque, est créancière de la restitution de la dot à la dissolution du mariage. Or, celui qui a l'action pour se faire restituer une chose est réputé avoir la chose elle-même. Les biens corporels constitués en dot par un mode translatif de propriété sont en

droit la propriété exclusive du mari : la femme ne prend aucune part à cette propriété, mais, en fait, c'est en vue de la femme que s'est opérée la mutation de propriété.

La loi Julia, en frappant d'inaliénabilité le fonds dotal n'a pas touché au droit de propriété du mari et la femme n'est pas plus propriétaire que copropriétaire des biens dotaux. Quand le mari a acquis la propriété par un des modes de l'acquérir, la propriété doit être exclusive. Bien plus, la disposition de la loi Julia suppose la propriété du mari, car si elle lui eût enlevé, il aurait été inutile de faire une disposition spéciale pour lui défendre d'aliéner un bien qui ne lui appartenait pas.

A côté de la propriété romaine par excellence *le dominium ex jure Quiritium*, les Romains connaissaient une propriété d'un ordre inférieur, la propriété bonitaire : ce fut une seconde forme de la propriété (Gaius, II, § 40). Mais il ne faut pas la confondre avec la propriété qu'avaient les pérégrins. La grande différence c'est que la propriété bonitaire des citoyens romains se changeait toujours en propriété quiritaire par l'usucapion : la durée de la possession devait être un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles ; au contraire, les pérégrins ne pouvaient jamais changer la nature de leur propriété.

La loi Julia devra-t-elle s'appliquer au cas où le

mari n'est que propriétaire bonitaire de la dot? On pourrait conclure la négative de la loi 13, § 2, *De fundo dotali*: en effet, il y est parlé du *dominium*. Souvent, à vrai dire, *dominium* est pris dans un sens large, signifiant aussi bien la propriété bonitaire que la propriété quiritaire, témoin ce passage de Paul (L. 1, *De fund. dot.*) où le jurisconsulte nous dit que celui qui, refusant de fournir la *cautio damni infecti*, a été envoyé en possession est *dominus*; or, il est certain qu'il n'est que propriétaire bonitaire. Dans la loi 3 *Sol. mat.*, il est question d'un mariage dissous par le divorce et on se demande quelle part doit revenir au mari dans les fruits et si, pour fixer cette part, on prendra le jour du mariage ou le jour de la tradition du fonds dotal: « *In fructibus a viro retinendis, neque dies dotis constitutæ neque nuptiarum observabitur, sed quo primum dotale prædium constitutum est, id est tradita possessione.* » On considère le moment où le fonds est devenu dotal, c'est-à-dire celui de la tradition; or, la tradition ne peut que transférer la propriété bonitaire et cependant le fonds est dotal. On peut conclure de là, et c'est ce qui est généralement admis, que la loi Julia prohibe l'aliénation de l'immeuble que le mari possède *in bonis*.

Dans le même sens, la loi 14, pr. *De fund. dot.*: Une femme remet *voluntate mariti* à Mævius, mandataire de Titius qu'elle va épouser, le fonds qu'elle va se

constituer en dot. Or, d'après cette loi, le fonds sera dotal : « *dos ejus conditionis erit ejus esset, si ipsi Titio fundum tradidisset.* » Or, la tradition faite à Mævius ne peut avoir pour effet que de faire passer le fonds *in bonis Titii*, et cependant le fonds est dotal.

La prohibition de la loi Julia dure aussi longtemps que la propriété du mari. Cette dernière prend naissance du jour où elle lui est transférée par un mode d'acquérir ordinaire. La loi Julia a pour but de protéger le fonds dotal, il faut donc qu'elle s'étende du jour où commence le danger qu'elle veut prévenir et cesse quand finit ce danger (L. L. 4 et 12, pr. *De fund. dot.*) Elle prend naissance du jour de la constitution de la dot et cesse à sa restitution (L. 5, C. VI, 61).

§ 1^{er}. — ÉTENDUE DE LA LOI JULIA.

La loi Julia ne s'occupe pas des meubles, elle ne s'occupe que des immeubles. *Lex Julia in soli tantum modo rebus locum habebat quæ Italia fuerunt.* (*Institutes*, II, 8). Ce texte limitant la portée de la loi Julia aux choses tenant au sol de l'Italie et celui de Gaius : « *Nam dotale prædium maritus, invita muliere, per legem Julianam, prohibetur alienare,* » expriment d'une manière formelle que les pouvoirs du mari relativement aux meubles dotaux ne sont nullement atteints par la loi Julia et le texte qui suit sur les affranchissements con-

firme l'opinion que nous émettons. La loi 21, *De mamilioribus*, permet au mari d'affranchir les esclaves dotaux ; or, l'affranchissement est un acte qui entraîne une destruction juridique, fait beaucoup plus grave qu'une aliénation. D'après la loi 35, *De jur. dot.*, le mari pouvait faire novation, il pouvait décharger les débiteurs dotaux par acceptilation : il pouvait aussi leur faire remise de la dette. (fr. 66, § 6. *Sol. mat.*) Or, tous ces actes entraînaient l'aliénation de meubles dotaux.

Les immeubles constitués en dot avec estimation ne sont pas non plus inaliénables. En effet, toute chose apportée en dot avec estimation n'est pas dotale et ce qui est dotal, c'est la valeur estimée. *Estimatio venditio est.* (L. 10, § 4 et 5, *De jur. dot.*) On considère donc que ce n'est pas cet immeuble, mais sa valeur qui est dotale : « *Qui proprietatem æstimatam in dotem accipit non ideo minus obligare eam potuit, quoniam soluto matrimonio restituenda tibi æstimatio ejus fuit* (L. 6, C. *De usuf.*). Cependant, si en constituant en dot l'immeuble estimé, on convenait que cette estimation ne vaudrait pas vente, ce serait seulement l'indication de ce que devrait payer le mari en cas de perte totale ou partielle ; le mari serait débiteur de l'immeuble et seulement subsidiairement de la somme d'argent. Dans ce cas, l'immeuble serait dotal et inaliénable.

La loi Julia ne fait aucune distinction entre les fonds urbains et les fonds ruraux et s'occupe indistinctement des deux. (L. 13. *De fund. dot.*). Quant à la distinction en fonds italiques et provinciaux, Gaius nous apprend qu'elle était discutée de son temps. Ce furent les jurisconsultes qui décidèrent que la loi Julia ne s'appliquait pas aux fonds provinciaux, parce qu'ils n'étaient pas susceptibles d'un véritable *dominium*. La législation de Justinien, en assimilant les fonds provinciaux aux fonds italiques les rendit par là inaliénables.

En cas de dettes alternatives, il faut appliquer les principes généraux. Le mari est débiteur d'un fonds ou de 20,000 sesterces. La femme se constitue ainsi une dot : « *Quod mihi debes, tibi doti erit.* » Ce fonds ne tombe pas sous le coup de la loi Julia, car le mari a le choix de payer un fonds ou la somme d'argent et l'aliénation du fonds fait présumer qu'il a opté pour cette dernière (L. 9, § 2, *De fund. dot.*).

Un texte de Gaius a fait naître une difficulté : (L. 54 *de jur. dot.*) « les choses acquises des deniers dotaux paraissent dotales. » Mais les compilateurs du *Digeste* ont voulu dire sans doute que la femme avait, sur les choses achetées avec l'argent dotal, les privilèges qui assurent la restitution des biens dotaux, car le *Digeste* ne fut rédigé qu'après les réformes de Justinien sur la dot. Il faut donc décider que ce qui est acquis

par le mari seul des deniers dotaux n'est pas dotal.

Les esclaves que la femme apportait en dot étaient dotaux ; mais *quid* de leurs acquisitions ? L'esclave ne peut acquérir que pour son maître, mais l'immeuble acquis par l'esclave sera-t-il aliénable ? La jurisprudence soumet cet immeuble à la loi *Julia* : « *fundus dotalis servo legatus ad legem Juliam pertinet quasi dotalis* » (L. 3, *De fund. dot.*). L'immeuble acquis soit par legs, soit par donation entre vifs, soit à titre d'hérédité est dotal. Il en faut dire autant des acquisitions faites avant le mariage par l'esclave constitué en dot au fiancé et celles faites depuis la dissolution du mariage, mais avant la restitution de la dot. (L. 4, *De fund. dot.* ; L. 31, § 4, *solut. matr.*)

L'inaliénabilité pouvait durer après le mariage dissous par la mort du mari ou par le divorce : dans ce cas, le fonds dotal devait être restitué et ne pouvait être aliéné tant que la femme avait droit à la restitution.

§ 2. — ACTES PROHIBÉS PAR LA LOI JULIA.

La loi *Julia* défend au mari l'aliénation du fonds dotal sans l'autorisation de la femme ; mais elle ne défend pas seulement les aliénations conventionnelles, elle entend parler aussi des aliénations indirectes par usucapion et par prescription et va jusqu'à défendre

au mari de laisser constituer des servitudes au détriment du fonds dotal et de perdre celles qui lui appartiennent à titre de fonds dominant.

La loi 16, au titre *De fundo dotali* établit d'une manière évidente l'imprescriptibilité du fonds dotal et en donne la raison, c'est de ne pas tourner la loi Julia. Elle ne parle, il est vrai, que de *longum tempus*. Il faut voir là une interpolation de texte : *Tryphoninus* ne parle, dans ce fragment, que des fonds italiques, qui sont seulement susceptibles d'usucapion.

De cette loi, il ressort une exception à l'imprescriptibilité : la possession continue à courir : « *si antequam constitueretur dotalis fundus, jam cœpiat.* » La dotalité n'empêche donc pas la possession *ad usucapionem* et le mari est responsable, s'il a pu revendiquer et qu'il ait négligé de le faire.

Le mari ne peut pas non plus grever le fonds de servitudes passives, ni se prêter à l'extinction par le non usage des servitudes qui lui appartiennent.

Le fond dotal était dominant par rapport à un autre fonds appartenant au mari ; la servitude est éteinte par confusion, mais le mari ou ses héritiers devront, lors de la restitution de la dot, rétablir le fonds dans l'état où il était quand il fut constitué en dot (L. 28, pr. *De verb. signif.*).

Le mari s'est rendu acquéreur d'un fonds servant par rapport au fonds dotal (L. 7. *De fundo dotali.*). Si la

vente est résolue et qu'il n'ait point fait rétablir la servitude, il devra une indemnité, et s'il est insolvable, la femme aura une action confessoire utile contre le propriétaire du fonds.

Les servitudes rurales s'éteignent par le non usage pendant deux ans; le mari ne peut pas les laisser s'éteindre. Pour l'extinction des servitudes urbaines, il faut, de la part du propriétaire du fonds servant, un acte contraire à l'exercice de la servitude : *usucapio libertatis*. L'usucapion ne courra pas pendant que le fonds sera dotal, à moins que, comme nous l'avons dit plus haut, cette usucapion n'ait commencé à courir avant la constitution de dot.

Faut-il donner la même solution, quant à l'usufruit et aux servitudes personnelles? La femme s'est constituée en dot l'usufruit d'un fonds, dont la nue propriété appartient au mari. Le mari devient plein propriétaire par confusion, mais, s'il meurt, l'usufruit sera rétabli au profit de la femme. En cas de dissolution du mariage par le divorce, la femme recouvrerait son usufruit. Si la femme meurt, cette mort le rendra plein propriétaire du fonds, et il ne sera pas tenu de l'action *rei uxoriæ* (78, pr. *De Jur. dot.*). Si c'est le père de la femme qui lui a constitué cet usufruit et qu'elle soit morte in matrimonio, le père aura le droit de réclamer à son profit le rétablissement de l'usufruit (L. 78 pr. *De Jur. dot.*).

A la différence des servitudes prédiales, les servitudes personnelles peuvent s'éteindre *non utendo*, sans qu'il soit besoin d'un acte contraire à l'exercice de la servitude : c'est ce qui ressort du § 2 de la même loi. Si la femme constitue en dot un usufruit sur le fonds de son mari, l'usufruit appartiendra au mari et périra par le non usage. Mais si la femme a constitué un usufruit sur son propre fonds, le mari ne pourra pas y renoncer par *in jure cessio*, car les donations ne sont pas permises entre époux. S'il l'a laissé périr par le non usage, l'usufruit reviendra au propriétaire du fonds, c'est-à-dire à la femme et comme elle ne perdra rien, elle ne pourra pas se faire indemniser. Il n'en serait pas de même dans le cas où elle aurait vendu la nue propriété ; dans ce cas, indemnité lui serait due. Si l'usufruit qui a été constitué en dot par la femme porte sur un bien dont elle n'était pas propriétaire, le mari pourra le laisser éteindre par le non usage, mais la femme aura un recours contre lui. La raison probable de la différence établie par la loi Julia entre les servitudes prédiales et les servitudes personnelles, est que la loi Julia ne s'occupait que du *prædium* et du reste les servitudes personnelles ont, au point de vue de la dot, moins d'importance que les servitudes prédiales et le mari pourra toujours être tenu d'indemniser la femme de ses fautes.

Le but de la loi Julia est d'assurer la restitution de

la dot à la dissolution du mariage, pour favoriser les seconds mariages. Il en résulte que la dot ne peut être restituée pendant le mariage. On a voulu voir là une application de la prohibition des donations entre époux ; mais les donations de fruits n'étaient pas prohibées (L. 17, *De donat. inter vir et uxor*).

La restitution anticipée est prohibée d'une manière plus rigoureuse que les donations entre époux, et cela s'explique, car autrement il eût été facile de tourner la loi. Mais il est des cas où la femme peut réclamer sa dot pendant le mariage 1° pour lui permettre de subvenir elle-même à son entretien et à celui de ses gens.

2° Pour lui permettre d'acheter une terre productive ou une maison convenable.

3° Pour la mettre à même de secourir ou de racheter de captivité ses parents, ses frères, son mari. Il s'agit du premier mari, car la loi parle des enfants *ex alio viro egentibus*. (L. 20, *Solut. mat. dos.*) Dans ce cas, le fonds perd son caractère de dotalité et la femme peut valablement l'aliéner.

En cas de dot réceptice, le mari ne pourrait pas la restituer avant la dissolution du mariage, car c'est au constituant qu'il doit la rendre et elle n'a jamais dû appartenir en propre à la femme. De plus, dans le cas où l'insolvabilité du mari mettait la dot en péril, il y avait lieu à la restitution anticipée de la dot, fait

qui correspondait à ce qu'est chez nous la séparation de biens (L. 24, pr. *Solut. mat.*).

La loi Julia assure la restitution de la dot, mais elle ne veut pas permettre que la femme s'enrichisse aux dépens de son mari. Dans le cas où il s'agit de fonds non estimés, le mari aura un droit qui variera suivant qu'il s'agit de dépenses nécessaires, utiles ou voluptuaires.

Les dépenses nécessaires sont celles dont l'omission compromettrait l'existence des biens dotaux. Le mari a droit au montant de ses déboursés. La dot est diminuée de plein droit. Si, par exemple, il a reçu en dot une somme d'argent de 1000 et un fonds, et qu'il en ait dépensé 50 à faire des réparations nécessaires au fonds, il ne devra plus restituer que le fonds et 950. (L. 53, § 3, *De jure dot.* — L. 5, pr. *De imp.*).

Pour les dépenses utiles, on distinguait si elles avaient été faites avec ou sans le consentement de la femme ; dans le premier cas, le mari avait l'action *mandati* ; dans le second, il ne pouvait se faire payer qu'au moyen de retenues par l'action *rei uxoriæ* et dans la limite de la plus-value apportée à l'immeuble par les dépenses. (L. 8, *De imp. in re. dot.* L. 1, § 5, C. *De rei uxoriæ. act.*)

Quant aux dépenses voluptuaires, de pur agrément, elles restaient à la charge du mari, qui n'avait aucun moyen de s'en faire tenir compte. Il avait seulement

droit d'enlever les objets qu'il avait placés sur le fonds dotal, à condition que le fonds ne fut pas détérioré par cette séparation.

§ 3. — EXCEPTIONS A LA LOI JULIA

La loi Julia ne s'applique pas aux aliénations qui ont une cause nécessaire, ni aux aliénations *per universitatem*.

Le premier cas d'aliénation nécessaire est celui où le mari refuse de fournir la *cautio damni infecti* (L. 1 pr. *De fundo dotali*). L'immeuble dotal menace l'immeuble voisin. Si le mari refuse de fournir la *cautio damni infecti* pour réparer le préjudice que peut causer l'immeuble dotal, le voisin est envoyé en possession. Si, dans un délai déterminé, le propriétaire persiste dans son refus de donner caution, l'envoyé en possession *est in possessione ad usucapionem* et prescrit l'immeuble par un laps de deux ans.

Un autre cas d'aliénation nécessaire est celui où l'immeuble dotal est une part indivise dans un fonds non estimé. (L. 2, C. *De fundo. dot.*) La part indivise est dotale, le mari ne pourra provoquer le partage sans le consentement de sa femme, mais si le copropriétaire intente l'action *communi dividundo*, le caractère de dotalité ne peut l'en empêcher. Le droit de sortir de l'indivision est un principe qui do-

minera celui de l'inaliénabilité du fonds dotal ; il y aura donc aliénation nécessaire.

Quand aux aliénations *per universitatem*, il y a d'abord la succession. L'héritier du mari acquiert le fonds dotal, si le mari est mort avant de l'avoir restitué (L. 1, § 1. *De fundo dot.*).

Là *maxima capitis deminutio* (L. 2, *De fun. dot.*), encourue par le mari, fait passer le fonds dotal sur la tête de celui qui acquiert la puissance dominicale. La *capitis deminutio* atteint toute personne libre qui tombe en captivité ; mais elle ne s'applique aux prisonniers de guerre que dans le cas où ceux-ci recouvrent la liberté d'une manière où l'on ne puisse pas leur appliquer le bénéfice du *post liminium*.

En cas d'un mari *sui juris* se donnant en adrogation, tous ses biens, y compris le fonds dotal, passent à l'adrogeant. (L. 45, *De adop.*)

Enfin, en cas de société de tous biens, permise en droit romain, le fonds dotal passait dans la société avec tous les biens du mari.

On comprend facilement que la loi Julia ne s'applique pas aux cas d'aliénation nécessaire ou *per universitatem*. Tous les biens du mari sont transmis à une autre personne ; par conséquent ce tiers succédera aux obligations du mari et la femme n'éprouvera aucun préjudice. Le fonds dotal sera, entre les mains du tiers, ce qu'il était quand le mari en était proprié-

taire : « *Sed et per universitatem transit prædium, secundum quod possibile est, ad alterum, veluti ad hæredem mariti, cum suo tamen jure ut alienari non possit.* » (L. 1, § 1. *De fun. dot.*)

§ 4. — HYPOTHÈQUE DU FONDS DOTAL

La première question qu'on se pose est celle de savoir si la loi Julia s'occupe de l'hypothèque. Dans le *principium* du titre *quibus alienare licet vel non*, aux *Institutes*, Justinien parle d'hypothèque ; « *hypotheca autem earum rerum etiam volente ea* » et au *Code* nous trouvons aussi que la loi Julia prohibait l'hypothèque : « *hypothecam autem nec si mulier consentibat* » (L. unig. J. 15 C. V, 13). Ces deux textes semblent formels, mais ce qui peut en faire douter, c'est que Justinien soutient que l'inaliénabilité ne s'appliquait qu'aux fonds italiques, tandis que Gaius dit que, de son temps, la question était discutée : Justinien se trompant une première fois a bien pu se tromper une seconde et nous avons deux textes qui indiquent d'une manière formelle que la loi Julia s'occupe de l'inaliénabilité du fonds dotal, sans parler de l'hypothèque : « *Lex Julia de adulteriis cavetur, ne dotale prædium maritus invita uxore alienet.* » (Paul, *Sentences*, liv. II, tit. 21). De plus Gaius, *Commentaires*, 2, § 63 ; « *Dotale prædium maritus invita muliere, per legem Juliam prohibetur alienari.* »

Nous croyons donc que c'est cette dernière opinion qui est fondée et nous pensons que l'interdiction de de l'hypothèque vient du senatus-consulte Velléien ou de l'édit d'Auguste interdisant l'intercession de la femme pour son mari.

La prohibition du sénatus-consulte Velléien eut pour motif de restreindre l'influence des femmes et accessoirement de les protéger. Mais peu à peu l'objet du sénatus-consulte changea et fut surtout appliqué dans le but de protection : le but accessoire était devenu le principal. La femme intercède pour autrui quand, allant trouver un débiteur sans être tenue, elle se joint à lui pour partager sa dette : il faut que l'engagement de la femme ne suppose pas une obligation préexistante. Pour voir si l'acte de la femme ne contient pas une intercession, il faut voir le fond et le sens et ne pas s'en tenir aux termes du contrat. Si, dans l'acte, il n'y avait que l'intérêt de la femme son intercession serait valable. Pour que le Velléien s'applique, il faut que la femme s'oblige pour autrui et qu'elle ne fasse pas une donation ; en effet, en faisant une donation, la femme fait un acte dont elle peut mesurer l'étendue, tandis qu'elle ne sait jamais où une intercession peut la conduire.

On excepte de la prohibition du Velléien le cas où l'intercession de la femme a une juste cause : quand une femme s'oblige pour procurer une dot à sa fille,

quand elle intervient pour son mari malade ou absent. Enfin le Velléen est fait pour protéger la femme ; quand cette dernière aura agi avec dol et dissimulation, elle ne pourra pas s'en prévaloir pour demander la nullité de son acte.

La question de savoir si la prohibition d'hypothéquer vient du Velléen ou de la loi Julia présente un intérêt. Si elle vient du Velléen le mari pourrait, avec le consentement de sa femme et dans son intérêt, rendre valable l'hypothèque du fonds dotal ; l'hypothèque serait valable toutes les fois que la femme n'intercéderait pas pour autrui. (L. 4, § 1, *ad Sen. Vel.*). Si, au contraire, cette prohibition vient de la loi Julia, il n'y a plus à distinguer si l'hypothèque est constituée dans l'intérêt de la femme ou d'un tiers, elle est nulle par suite de l'indisponibilité du fonds. Dans le cas où la femme aura intercedé pour un tiers et que ce tiers aura été de bonne foi, l'intercession sera valable, si elle l'a confirmée au bout de deux ans, et qu'elle soit majeure. (L. L. 22 et 23, C. *ad Sen. cons. Vell.*)

On s'est demandé pourquoi la législation romaine interdit l'hypothèque d'une façon plus absolue que l'aliénation. D'après la loi Julia, la femme peut autoriser le mari à aliéner, tandis qu'elle ne peut l'autoriser à hypothéquer le fonds dotal. On en donne pour raison qu'en hypothéquant son immeuble, la femme

ne se rend pas compte de la gravité de son acte. M. Demangeat donne une autre explication. Sous l'empire de la loi Julia, le mari ne pouvait abandonner à ses créanciers le fonds dotal pour ses engagements qu'autant que la femme y consentait. Quand le gage et l'hypothèque s'introduisirent dans le droit romain, la prohibition de la loi Julia leur fut étendue et il ne fut pas permis au mari d'hypothéquer le fonds dotal sans l'autorisation de la femme. D'où il suit que l'hypothèque consentie par la femme sur ses paraphernaux au profit des créanciers de son mari serait nulle, tandis que le fonds dotal, propriété du mari, échappait au sénatus-consulte. Mais, il parut étrange que la femme put permettre au mari d'hypothéquer le fonds dotal, quand cela lui était défendu pour ses paraphernaux : aussi lui refusa-t-on l'hypothèque du fonds dotal.

§ 5. — SANCTION DE LA LOI JULIA.

L'aliénation du fonds dotal faite sans l'autorisation de la femme est absolument nulle. Mais la femme seule a le droit de demander la nullité de l'aliénation, à la dissolution du mariage, car la protection de la loi est basée uniquement sur son intérêt. (L. 3, § 1. *De fun. dot.*)

Supposons donc une dot réceptice ; la clause de

relour étant stipulée dans l'intérêt du constituant et nullement dans celui de la femme, il n'y a pas lieu d'appliquer la loi. De même, au cas où la dot est profectice, quand la femme meurt pendant le mariage et que la dot doit revenir à son ascendant. Dans ces deux cas, en effet, on ne saurait appliquer la loi Julia, qui a pour but de protéger la femme et non le constituant. Le plus souvent donc, le sort de l'aliénation sera incertain jusqu'à la dissolution du mariage. Il faut dire néanmoins que le vice de l'aliénation pourra être couvert par une ratification postérieure. Le mari institue sa femme héritière et fait un tiers légataire de la dot : ce legs sera nul comme legs du fonds dotal, mais il sera valable, si la femme a fait adition d'hérédité : cela équivaut à une ratification. (L. 13, § 4, *De fun. dot.*)

Certains auteurs ont soutenu que la nullité étant établie dans l'intérêt de la femme, elle seule pouvait revendiquer à la dissolution du mariage. On a même été plus loin : on a prétendu que la femme pouvait revendiquer pendant le mariage. Il faut repousser cette solution : la femme, pendant le mariage, ne peut revendiquer un immeuble dont elle n'est pas propriétaire : elle ne le peut davantage à la dissolution, car elle n'a qu'un droit de créance.

D'autres commentateurs considèrent la nullité comme relative et ne permettent à la femme d'agir

qu'à partir du jour où elle est en droit de se faire restituer sa dot. Nous n'adopterons pas non plus ce système : en effet, si, d'un côté, la propriété appartient au mari, et si, d'un autre côté, la vente est nulle, on ne peut lui contester la revendication.

Enfin, une troisième opinion est présentée par M. Demangeat¹ et c'est celle que nous adopterons comme la plus conforme aux principes. Pendant le mariage, le mari a la revendication et la vente de l'objet aliéné est nulle. Si le tiers acquéreur opposait à la revendication du mari l'exception *rei traditæ et venditæ*, celui-ci répliquerait par la nullité résultant de l'aliénation faite au mépris de la loi Julia. Quand le mariage est dissous, le mari doit restituer la dot, mais s'il l'a aliénée, la femme prendra ce qu'elle trouve dans son patrimoine, l'action en revendication, et l'exercera en vertu d'une cession réelle ou sous-entendue. La loi ne peut pas admettre qu'elle soit violée d'une manière indirecte. Dans l'intérêt de la femme, elle a prescrit l'inaliénabilité du fonds dotal : si, nonobstant cette prohibition, le mari l'a aliéné, il devra céder à la femme l'action en revendication qu'il aura dans son patrimoine. Mais il peut se faire qu'il ait dissipé sa fortune, et qu'il ne puisse céder à la femme son action en revendication. La loi viendra alors à son secours, on supposera la cession

1. Demangeat, p. 384 et suiv.

de la revendication, et la femme agira *utilitatis causa*. Si la femme meurt *in matrimonio*, le mari gagnant la dot ne peut plus inquiéter les tiers. (L. 17, *De fund. dot.*).

Quant aux héritiers, quels sont leurs droits? Il semble ressortir de la loi 13, § 3, *De fundo dotali*, qu'ils ont les mêmes droits que la femme « *Hæredi quoque mulieris idem auxilium præstabitur quod mulieri præstatur* ». Il ne faut pas conclure de là qu'ils aient tous les droits qu'aurait la femme. D'abord ils n'ont pas le *privilegium inter personales actiones*. Si le mariage est dissous par la mort du mari ou par le divorce, la femme a l'action *rei uxoriæ*. Si la femme meurt, les héritiers ne pourront intenter l'action, que si, avant son décès, le mari ou ses héritiers ont été mis en demeure. (*Ulp. Frag. VI, § 7.*) Les héritiers peuvent invoquer la loi Julia, s'ils ont droit au recouvrement de la dot, c'est-à-dire : 1° quand la femme a stipulé cette restitution : 2° quand, à défaut de stipulation, la femme a survécu à la dissolution du mariage et est morte après avoir mis en demeure le mari ou ses héritiers. Et même dans ce cas, si l'aliénation a eu lieu depuis la mort de la femme les héritiers n'auront que la valeur de l'immeuble par l'action *rei uxoriæ*.

Ceci nous montre une fois de plus l'esprit de la loi Julia : Des considérations politiques et nullement de l'équité. En effet, quand le mariage est dissous, les

enfants voient le patrimoine de leur mère leur échapper. Sous les Antonins, les enfants furent préservés du préjudice causé par la restitution de la dot ; ils succédèrent comme héritiers à leur mère. Ils lui succéderont en concours avec les enfants qu'elle pourra avoir d'un autre mariage. (*Inst.* livre III, titre 4, p.) Les biens dotaux rendus à une femme divorcée seront transmis par elle héréditairement à ses propres enfants, peut-être de différents lits, mais descendant tous de la personne à l'affection de laquelle ils doivent la dot.

CHAPITRE IV

Législation de Justinien.

Le caractère de la législation change avec le Christianisme. Le but des lois rendues au commencement de l'Empire est le même : encourager le mariage, qu'elles ne considèrent qu'au point de vue de la procréation des enfants. Dès lors, il faut tout faire pour faciliter le mariage et le législateur doit l'organiser de manière à atteindre ce résultat, dut-il favoriser la répudiation et encourager les seconds mariages.

Sous l'influence du Christianisme, l'union conjugale change de caractère. La loi chrétienne n'ordonne pas de répudier la femme stérile. Du mariage, elle fait une association dont les deux associés ont chacun leurs droits et leurs devoirs ; la femme n'est plus inférieure au mari, elle est son égale ; le mari doit aide et protection à sa femme et les enfants doivent

respecter leur mère à l'égal de leur père. L'indissolubilité du mariage ressort de lui et les seconds mariages sont vus avec une telle défaveur, que certains pères de l'Eglise les défendent. De plus, le pouvoir, en quelque sorte tyrannique, établi au profit du père sur ses enfants, n'existe plus et l'Eglise établit en principe que les parents doivent travailler pour établir leurs enfants.

La législation des empereurs chrétiens est toute entière imbuë de ces principes. Les évêques sont les conseillers des princes et toutes les réformes sont inspirées par eux. Le célibat, le veuvage, condamnés par l'ancienne législation sont, au contraire, honorés. Si les empereurs ne suppriment pas brusquement le divorce, ils font, du moins, prévaloir le point essentiel de l'indissolubilité du mariage. Ils établissent le principe de la publicité, permettent aux époux de s'accorder des gains réciproques de survie et condamnent l'accusation publique d'adultère.

Justinien prohibe l'aliénation des biens dotaux, même avec l'autorisation de la femme. Mais cette prohibition n'est plus fondée ici sur l'intérêt qu'il y a à ce que la femme se remarie : c'est un privilège pour les enfants. L'apport *propter nuptias* du mari est assimilé à la dot et on tient à ce que les enfants aient les mêmes droits sur les biens de leur mère que sur ceux de leur père.

La prohibition d'intercéder pour autrui du sénatus-consulte Velléien est remaniée. Justinien distingue si elle est faite au profit d'un tiers : dans ce cas elle est valable, si la femme l'a réitérée au bout de deux ans, si la femme déclare avoir reçu quelque chose ou si elle est faite par acte public. L'intercession au profit d'un tiers est donc permise, entourée de toutes ces garanties, tandis qu'au profit du mari elle est radicalement nulle, sauf le cas prévu dans la *Novelle 134*, quand il est démontré que l'argent est employé dans l'intérêt de la femme. Quand la femme fera une donation à son mari, la donation sera nulle : il n'y a pas intercession au sens du Velléien, mais l'acte tombera sous le coup de la législation de Justinien.

Le mari débiteur de la restitution de la dot était tenu de deux actions : l'action *ex stipulatu* et l'action *rei uxoriæ*. (*L. unic, C. De rei ux* : art. V, 13). Ces deux actions, Justinien les fondit en une seule, l'action *ex stipulatu*, dont les règles tiennent à la fois des anciennes actions *ex stipulatu* et *rei uxoriæ* et y introduisit de nouvelles dispositions. Le mari ne garde la dot en aucun cas et, comme la femme est censée en avoir stipulé la restitution, si elle meurt pendant le mariage, le droit, qui n'a pas pu s'ouvrir en sa personne, compète à ses héritiers. (*L. unic. C. De rei uxor. ac. V, 13*) L'empereur ne maintient aucune retenue *propter liberos*, ou *propter mores*, car les devoirs

naturels du père sont les mêmes que ceux de la mère et parce qu'il y a des peines établies contre l'époux, dont la faute a donné lieu au divorce. Pour le recouvrement des dépenses utiles, Justinien donne au mari l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum* suivant que les dépenses ont été ou non approuvées par la femme. Les dépenses nécessaires seules peuvent diminuer la dot (§ 37 supr.) L'action *ex stipulatu* passait aux héritiers du stipulant, quand bien même celui-ci mourait sans avoir mis le mari en demeure (*ead. lege.* § 4). A ces anciennes règles de l'action *ex stipulatu*, Justinien en joignit d'autres empruntées à l'action *rei uxoriæ* et en créa de nouvelles.

Quand la femme était *alieni juris*, l'action *ex stipulatu* passait à son père qui l'exerçait seul et qui passait ensuite à ses héritiers : désormais le père n'agira qu'autorisé par sa fille et, lui mort, elle seule en sera investie (*ead. lege.* § 4). La fille exhérédée ou émancipée ne reprenait pas la dot constituée ou stipulée par le père ; désormais elle aura seule la propriété de l'action *ex stipulatu* (*ead. lege.* § 11). Enfin l'action *ex stipulatu* qui était *stricti juris* devient *bona fidei* (*ead. lege.* § 2).

Quant aux innovations, Justinien supprime le bénéfice *quod facere potest*. Le mari doit restituer les immeubles non estimés immédiatement et il a un an pour restituer les immeubles estimés (*ead. lege.* § 7). La raison de cette disposition est bien claire : les

immeubles n'ont pas dû sortir de son patrimoine : par conséquent, il n'a aucune raison pour ne pas les restituer immédiatement, tandis que pour les meubles, il peut ne pas les avoir à sa disposition et il est juste de lui donner un certain délai pour les restituer.

Jusqu'à Justinien, la créance de la femme n'était que privilégiée *inter personales actiones*. Ce privilège lui faisait primer les créanciers chirographaires, mais restait sans effets vis à vis des créanciers hypothécaires qui primaient la femme. Justinien s'occupe de remédier à cela et cette réforme est l'objet de trois constitutions en 529, 530, 531.

La loi 30 au Code *De jur. dot. V, 12*, dit : « *In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus (si tamen exstant), sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam, (jubemus) et neminem creditorem mariti qui anteriores sunt posse sibi potiore causam in his, per hypothecam vindicare, cum eadem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio. Non enim, quod legum subtilitate, transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas delecta, vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem possidere : ut sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum*

subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur per utramque viam, sive in rem, sive hypothecariam ei plenissime consulatur. »

D'après M. Gide¹ la première partie du texte seule a un caractère législatif : la seconde partie n'est que l'explication de la première et c'est ainsi que l'on explique le mot *hypothecariam*, que Justinien n'aurait pas laissé passer inaperçu et qui signifie seulement une garantie. La femme n'a, d'après ce texte, qu'une simple prérogative, une priorité de rang qui ne s'exerce que sur les biens non aliénés et n'a aucun effet vis à vis des tiers détenteurs. La femme n'a pas d'hypothèque ; elle n'a pas davantage un droit de propriété, car il faudrait soutenir, ce qui est difficilement soutenable, que le mari n'est pas propriétaire des biens dotaux ou qu'il a cessé de l'être à la fin du mariage. Nous n'admettrons pas cette explication ; elle méconnaît le mot hypothèque employé à deux reprises par Justinien, or, on ne conçoit pas une hypothèque sans droit de suite.

Comment faut-il donc entendre la loi 30 ? Elle donne à la femme pour la garantie de restitution de sa dot, une hypothèque privilégiée ayant pour assiette les biens estimés ou non apportés en dot. Bien des textes appellent l'action hypothécaire *vindicatio pignoris* ou *vindicatio*. Justinien accorde à la femme une

1. Gide, *Condition privée de la femme*.

action hypothécaire privilégiée: Cette hypothèque prime toutes les hypothèques, même antérieures au mariage. L'hypothèque de la femme n'a pour assiette que les biens constitués en dot et ces biens ne sont entrés dans le patrimoine du mari, que grevés de l'hypothèque de la femme ; il n'y a donc pas injustice à ce que l'hypothèque de la femme prime les hypothèques même antérieures au mariage.

La loi 30 assurait à la femme la restitution des biens dotaux, quand ils existaient en nature, mais ils pouvaient être dégradés ou avoir péri par la faute du mari. La femme n'avait sur les biens du mari qu'un privilège primé par les créanciers hypothécaires. Une constitution de 530 (L. 1, C., *De rei ux. act.* V, 13) donne à la femme une hypothèque sur tous les biens de son mari. C'est une hypothèque générale frappant tous les biens du débiteur de la dot. Cette hypothèque vient garantir la nouvelle action *ex stipulatu* (Loi 12, § 1, C. VIII, 18). « *Sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus cuique tacitam donavimus inesse hypothecam.* » Cette hypothèque appartient à la femme et à ses héritiers: elle garantit la restitution de la dot et l'effet des pactes dotaux qui ont modifié la dot.

Quand la dot est constituée au moment du mariage, l'hypothèque date de la constitution; quand la dot est constituée quelque temps avant le mariage, l'hypo-

thèque datera également du jour sa constitution.

Cette garantie donnée par la constitution de 530 à la femme n'a rien d'exorbitant. Elle frappe les biens du mari du jour du mariage : les tiers qui ont traité avec le mari depuis le mariage, savaient très bien que leur hypothèque serait primée par celle de la femme : c'est donc en connaissance de cause qu'ils ont agi. Il n'en est pas de même pour la réforme que fit Justinien l'année suivante : en 531. Il donne à la femme une hypothèque privilégiée, portant sur tous les biens du mari et primant tous les créanciers hypothécaires, même antérieurs au mariage. Cette loi a été très décrite par nos anciens auteurs coutumiers ; elle portait atteinte à des droits fort légitimement acquis et ruinait le crédit des gens non mariés. Justinien voulait mettre fin aux plaintes des femmes, dont la dot servait à payer les créanciers du mari antérieurs au mariage. Cette hypothèque privilégiée n'était concédée qu'à la femme et à ses descendants, tandis que l'hypothèque de 530 était concédée à la femme et à ses héritiers (*Nov.* 91 préface). De plus pour que l'hypothèque privilégiée existe, il faut que le mari ait reçu effectivement la dot. L'hypothèque privilégiée garantit la dot, mais pas les augmentations postérieures. (*Novelle* XCVII, ch. 2.)

Malgré ces réformes successives, sous Justinien, la femme n'est encore que créancière de la dot : « Sous

Justinien encore, on peut dire que la dot est perpétuelle, puisque le mari acquiert sur elle un droit perpétuel de propriété : mais si le principe est resté, toutes ses applications ont été si bien atténuées et éludées, qu'il a presque entièrement disparu de la pratique et qu'il faut le regard pénétrant du théoricien pour le découvrir. Aussi, pendant ces longs siècles d'ignorance qui suivirent l'invasion des barbares, ce principe abstrait et subtil devait tomber en oubli et la femme devait devenir, en droit, ce qu'elle était déjà en fait, propriétaire de la dot. Ainsi disparut le dernier vestige de l'ancien principe *dos perpetua est*. Ainsi s'acheva cette lente évolution législative, qui, commencée aux temps à demi fabuleux de Calvilius Ruga, ne devait trouver son terme que dans la jurisprudence de nos pays de droit écrit¹. »

1. Gide, *Les caractères de la dot*, p. 59 et 60.

DROIT FRANÇAIS

DU REMPLOI

SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

HISTORIQUE

Le remploi, pris dans son sens large, signifie remplacement d'une chose qui a été aliénée ou dénaturée par un autre bien qui prend sa place. Envisagé dans ses rapports avec la société conjugale, il désigne l'opération par laquelle un bien propre nouveau est acquis avec l'argent provenant de l'aliénation d'un autre propre; ce bien nouveau prend, dans le patrimoine de l'époux aliénateur, exactement la place de la chose aliénée. Ainsi défini, le remploi a visiblement pour but de maintenir d'une manière efficace l'intégralité du patrimoine de chaque époux. Il se rapproche de l'échange, avec cette différence que l'échange implique une substitution immédiate, tandis qu'ici la substitution est indirecte, elle suppose une opération in-

termédiaire : la conversion des immeubles en une somme d'argent.

L'institution du remploi n'est pas nouvelle et son origine éclaire ses motifs. Il importe donc d'indiquer rapidement comment, par quels besoins le remploi naquit dans l'ancien droit et de quelle manière il fonctionnait.

S'il est un principe qui nous paraisse élémentaire, c'est qu'aucun des patrimoines, mis dans la main du mari, sous le régime de la communauté, ne peut s'enrichir aux dépens des autres ; cependant cette règle d'équité est loin d'avoir toujours été admise ; il a fallu l'œuvre du temps pour qu'elle s'introduisît dans la législation. On sait que le régime matrimonial presque universellement admis, sous le droit coutumier, était le régime de communauté. Or, à l'origine, quand l'un des époux avait aliéné l'un de ses propres, le prix de l'aliénation tombait dans la communauté : c'était l'application de ce principe que les meubles sont communs, or le prix est chose mobilière et consiste en deniers. Aucune indemnité n'était due à l'époux aliénateur, à moins qu'une convention contraire n'eût été insérée au contrat de mariage, sinon on appliquait dans toute leur rigueur les règles de la communauté, sans réparer, par un système d'indemnité bien entendu, le préjudice que pouvait entraîner pour le patrimoine propre d'un des époux le jeu brutal des principes.

C'est seulement sous l'influence des grands juriconsultes du XVI^e siècle que se manifesta une réaction contre le vieux système, qui n'admettait pas le remploi, pas plus, du reste, que la récompense. Dumoulin, le premier, fait entendre la voix de l'équité et présente une doctrine nouvelle. Dans son commentaire de la coutume du Bourbonnais, il dit, à propos de l'art. 238: *maritus potuit etiam ex intervallo recompensare uxorem*. C'était une proposition de réforme, destinée à indemniser la femme du tort que lui causait l'aliénation de l'un de ses biens propres. Plus tard la jurisprudence admit le remploi en faveur de la femme, car étant sous la domination de son mari, elle avait besoin de protection. Le but principal de la réforme était d'empêcher les époux de se faire des libéralités prohibées par la loi et c'est pour cela que la coutume de Paris, dans son article 232, dit : « Si durant le mariage est vendu un héritage en rente propre, appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage, ou si ladite rente est rachetée, le prix de la vente ou rachat est repris sur les biens de la communauté, au profit de celui auquel appartenait l'héritage ou rente, encore qu'en vendant n'eût été convenu de remploi ou récompense, et qu'il n'y ait aucune déclaration de ce fait. » La coutume d'Orléans reproduisit cette disposition. La coutume de Blois, article 164, déclara que, si pendant le mariage un propre des époux était

aliéné, les deniers en provenant pouvaient être employés à l'acquisition d'un nouveau bien restant propre à l'époux : on lui accordait un droit de préférence sur les deniers laissés à la dissolution de la communauté. C'était la réforme de Dumoulin, seulement ici elle était étendue au mari et il n'y avait plus à distinguer si le propre appartenait au mari ou à la femme, pour qu'il pût en être fait emploi.

Duplessis ¹ n'admettait que le remploi des biens de la femme ; quant à ceux du mari, il distinguait ; « Dans les coutumes, disait-il, qui prohibent aux conjoints de s'avantager, cette seule disposition est suffisante pour établir la nécessité du remploi de part et d'autre ; mais dans celles qui permettent aux conjoints de se faire des donations pendant le mariage, je tiens que le remploi n'a pas lieu sans stipulation ou réserve en vendant. »

Bientôt on admit le remploi pour chaque époux ; seulement on distinguait le remploi légal, admis par la jurisprudence qui n'était qu'un droit à une récompense, un droit de créance, et le remploi actuel qui résultait d'une clause insérée au contrat. Ces deux sortes de remploi étaient admises tant pour le remploi des propres de la femme, que pour ceux du mari. Le remploi actuel conférait un droit de propriété sur le

1. Duplessis, *Traité de la communauté des biens*, l. II. ch. iv, s. 2, p. 445.

fonds acheté en remploi, opposable aux tiers. Le fonds était aux risques et périls du propriétaire et, dans le cas de remploi, fait en faveur de la femme, le mari n'avait qu'un pouvoir d'administrateur sur l'immeuble acquis en remploi. Le remploi légal, au contraire, ne donnait qu'un droit de créance ; les plus-values ne sont plus au bénéfice du créancier et, s'il s'agit d'un remploi au profit de la femme, le mari pouvait disposer des biens communs et la créance de la femme pouvait n'être qu'imparfaitement garantie par son hypothèque.

A côté de ces coutumes, admettant le remploi sous certaines conditions, il y en avait qui maintenaient rigoureusement l'ancien droit ; coutumes du Bourbonnais, de Sens et de Bar.

Certains auteurs se bornaient à donner à la femme, à la dissolution de la communauté, un droit de prélèvement sur les biens communs, une prérogative, et obligeaient les héritiers à indemniser la femme, au même titre que les créanciers.

En résumé, à l'origine, il n'y avait ni remploi, ni récompense ; le système de la communauté était appliqué rigoureusement. Puis on prit l'habitude d'insérer des clauses de remploi et finalement deux systèmes se trouvèrent en présence. Dans le premier, on

1. Denisart, Ferrière, *Nouv. commentaire sur la coutume de Paris*, d'Argou, *Institution au droit français*, t. II, liv. III, ch. IV.

dit que la femme exerce le remploi à titre de créancière. D'après l'autre, elle vient à titre de propriétaire : ce système s'introduisit le dernier, mais il finit par prévaloir et c'est lui que nous voyons dominer au XVIII^e siècle.

Voilà pour l'origine du remploi et son développement général, il nous reste à dire comment et dans quelles conditions l'institution fonctionnait.

« Pour former le remploi, dit Duplessis ¹, il faut que le mari, par le contrat d'acquisition qu'il fait, déclare que c'est des deniers stipulés propres à lui ou à sa femme, ou provenant de tel propre de lui ou d'elle vendu ou de telle rente rachetée, et qu'il stipule en même temps que ces héritages ou rentes nouvellement acquis, demeureront propres à celui-là, pour lui servir de remploi, sans laquelle déclaration le mari et la femme ne sauraient prétendre le remploi sur cet immeuble. » Dans le même sens, Lebrun ² dit : « Le mari fait le remploi en acquérant un autre héritage et faisant la déclaration que c'est des deniers de celui qui a été vendu auparavant et pour lui tenir lieu de propre au conjoint du côté duquel était l'héritage aliéné. En effet, il ne suffit pas que les deniers aient été employés, il faut que la déclaration de remploi

1. Duplessis, *Tr. de la communauté*, II, ch. iv, s. 4.

2. Lebrun, *Traité de la communauté*, L. III, ch. II, sect. 1, dist. 2, n^o 69.

soit marquée de la part du conjoint ». Il ne suffisait donc pas de vendre un bien, d'en acheter un autre pour qu'il y ait remploi, il fallait une déclaration que les deniers provenaient de l'aliénation d'un propre et qu'ils devaient tenir lieu de remploi.

Quelques auteurs ne s'en tenaient pas aux deux déclarations et exigeaient que, quand le bien propre était vendu, il y eut une déclaration disant que cette aliénation était faite avec l'intention d'en remployer le prix. Dans ce sens, il y avait la coutume du Bourbonnais et celle du Nivernais. Coquille ¹ exigeait même que le remploi fut fait « tôt après la vente.... car la proximité du temps fait présumer que ce soient les mêmes deniers ». Dans le même sens également la coutume de Melun (t. V. art. 83). D'autres coutumes étaient muettes sur ce point : dans leur silence faut-il exiger que le mari déclare, quand il aliène un immeuble, que c'est avec l'intention de faire un remploi ? Pothier, Lebrun ² et Duplessis ne l'exigeaient pas.

Le mari devait faire *in continenti* la déclaration que l'acquisition qu'il faisait était destinée à servir de remploi. Pothier en donne la raison : « Il faut que la déclaration soit faite *in continenti* par le contrat de l'héritage nouvellement acquis ; si l'acquisition avait

1. Coquille, *Coutume du Nivernais : Du droit des gens mariés*.

2. Lebrun, *Tr. de la comm.* n° 70 ; — Duplessis, *Tr. de la comm. de biens*. p. 447 ; — Pothier, *Traité de la comm.*, n° 198.

été faite sans cette déclaration, inutilement la ferait-on *ex intervallo*, car l'héritage ayant été fait conquêt lorsqu'il a été acquis faute de cette déclaration, la communauté ne peut plus, par cette déclaration qu'on ferait *ex intervallo*, être privée d'une chose qui lui a été acquise. » « Il n'est pas juste, dit Lebrun ¹, que le mari voye venir la suite des temps, pour prendre cette terre, si elle est augmentée et pour la refuser, si elle est diminuée par la vicissitude des choses ; il doit donc déclarer sur le champ s'il entend que la terre lui serve de remploi, autrement il a son remploi (droit à la récompense) et la terre est conquêt. »

Le mari, sauf ces exceptions est absolument maître de ses propres, et Lebrun ² l'explique ainsi : « Il a de l'avantage, car s'il se présente une bonne fortune, il ne manquera pas de faire préalablement le remploi du prix de ses propres, et frustrera par là la communauté et la femme d'un profit qui les regardait... Aussi, d'autre part, le mari ne court pas assez de risques, n'est-il pas assez chargé de remplois et de reprises qui s'exercent même sur ses propres pour avoir ce léger avantage, qui est limité à ses deniers réalisés, et dont il s'est réservé de faire un emploi et au prix de ses propres aliénés ».

Pour faire un remploi au profit de sa femme, le

1. Lebrun, *Tr. de la comm.*, liv. III, ch. II, sect. 1, dist. 2, n° 75.

2. Lebrun, *Tr. de la comm.*, liv. III, ch. II, sect. 1, dist. 2, n° 77.

mari doit, après avoir rempli les formalités qui sont exigées pour un remploi à son profit, obtenir l'acceptation de sa femme. Lebrun¹ dit : « Elle doit y consentir expressément, s'agissant de subroger un héritage à la place de son propre et à lui faire courir le risque de la plus-value ou de la moins-value, de l'augmentation ou de la diminution de cet héritage, et quand elle n'a pas consenti au remploi, elle le peut refuser, lors de la dissolution de la communauté. » Pothier et Duplessis parlent dans le même sens et la nécessité de l'acceptation de la femme a été admise sans discussion par nos anciens auteurs.

On trouve cependant quelques exceptions. Pothier² en cite une. Une rente propre à la femme a été rachetée et payée en billets de la Banque royale ; les maris sont autorisés par une ordonnance du roi à remployer ces billets en rentes provinciales ou bien en rentes sur l'hôtel de Ville. « En conséquence, ces rentes qu'un mari a acquises en ce temps, durant son mariage, avec déclaration faite par le contrat de constitution que les billets de banque pour lesquels elles sont constituées proviennent du rachat qu'il a reçu des rentes propres de la femme, tiennent lieu du remploi de la femme, sans qu'il ait été nécessaire pour cela que le consentement de la femme intervint, et elles

1. Lebrun, *Tr. de la comm.*, n° 79.

2. Pothier, *Traité de la comm.*, 1^{re} partie, ch. II, n° 202.

lui sont propres de communauté par subrogation. » Lebrun ¹ cite comme exception l'échange du propre de la femme et le cas où elle le baillait à rente ; mais à vrai dire nous ne sommes pas ici dans la pure théorie du remploi, qui consiste dans l'aliénation d'un propre dont le prix est tombé en communauté : ici l'opération s'est passée entièrement en dehors de la communauté et sans qu'elle y ait intérêt.

Sauf ces exceptions, le consentement de la femme était toujours requis : il n'était pas nécessaire cependant qu'il fut donné dans l'acte même d'acquisition. La femme pouvait hésiter avant de prendre une décision souvent fort grave et il fallait lui laisser une grande latitude à cet égard. Pendant ce temps, le bien acquis en remploi était aux risques et périls de la communauté et si la femme l'acceptait dans un acte postérieur, cette acceptation avait un effet rétroactif. Nous trouvons, dans Pothier ², cette théorie admise : « Il n'est pas de même nécessaire que le consentement que la femme doit donner, soit donné par le contrat, ni dans le même temps : la femme peut le donner *ex intervallo*..... Si la femme ratifie et consent cette déclaration, les ratifications, ayant un effet rétroactif, suivant la règle de droit : *ratihabitatio mandato comparatur*, l'héritage sera censé avoir été, dès

1. Lebrun, *Tr. de la comm.*, n° 72, 75, 36, 37.

2. Pothier, *Tr. de la comm.*, n° 200.

l'instant de son acquisition, acquis pour tenir lieu de remploi à la femme et avoir été en conséquence propre de communauté de la femme par subrogation. » Du jour où la femme a donné son consentement au remploi, l'immeuble passé à ses risques et périls et elle bénéficiera des plus-values, de même qu'elle supportera les pertes.

La question de savoir si l'acceptation de la femme pouvait être donnée après la dissolution de la communauté était discutée par nos anciens auteurs. Duplessis et Lebrun ¹ étaient pour la négative : « On doit dire de plus, dit ce dernier, que ce consentement doit être prêté pendant le mariage, car il n'est pas juste que la femme qui n'a pas consenti en ce temps, ait la faculté de prendre l'héritage, si la subrogation lui est avantageuse ou d'y renoncer si elle lui est désavantageuse. Et quand la subrogation n'a pas eu tout son effet pendant le mariage par le défaut du consentement de la femme, il ne lui appartient qu'une action en remploi. » Malgré ces bonnes raisons, des auteurs ont soutenu que la femme pouvait accepter après la dissolution de la communauté, car les héritiers du mari devaient maintenir les offres faites par celui-ci.

L'acceptation de la femme ne devait pas être entourée de formalités spéciales : c'est l'opinion à peu

1. Duplessis, *Tr. de la comm.*, p. 447. Lebrun, *Tr. de la comm.*, n° 74.

près générale. Pothier¹ induit même l'acceptation de la présence de la femme à l'acte, mais cette opinion n'était pas admise et elle est combattue par Duplessis qui demande que la femme parle à l'acte : ce ne sont pas des faits qui pourront faire induire la volonté de la femme, il faut qu'elle soit nettement exprimée.

Voilà donc les règles exigées pour le remploi. Son but est de maintenir les patrimoines des époux et de la communauté, et on y parvient en subrogeant à la chose aliénée une autre à qui on donne autant que possible les caractères essentiels de celle qu'elle remplace : c'est la subrogation d'une chose à une autre.

Mais souvent on insérait dans le contrat de mariage des clauses de remploi, par exemple celle ci :

Les premières acquisitions, qui seront faites après l'aliénation d'un propre de la femme, lui serviront de remploi.

Cette clause avait donné lieu à de nombreuses discussions. On soutenait qu'elle tenait lieu des déclarations exigées et de l'acceptation de la femme. « La nécessité du consentement, disait Lebrun², souffre exception, au cas qu'il y ait des clauses dans le contrat de mariage qui équipollent à un consentement donné pendant le mariage, comme s'il est dit qu'au cas qu'il

1. Pothier, *Tr. de la comm.*, n° 200.

2, Lebrun, *Tr. de la comm.*, n° 75.

soit aliéné des propres de la femme, le premier conquêt sera réputé remploi nécessaire, car, en ce cas, les choses s'exécutant de bonne foi et sans soupçon de fraude, ni d'avantage indirect, le remploi a lieu jusqu'à concurrence de l'aliénation. » Malgré cette opinion, nous croyons que le consentement de la femme était requis « parce que, dit Ferrière, cela peut donner lieu à contestation, comme si le remploi n'était pas convenable à la femme, ce qui peut arriver pour plusieurs causes, ou parce qu'il serait d'un trop grand prix, ou qu'il serait fait dans un pays trop éloigné ou pour autre cause semblable. » (*Art, 232, cout. de Paris* in folio n° 32). Vis à vis des créanciers, cette clause ne pouvait avoir d'effet : *ceux-ci*, en effet, ignorent souvent les termes du contrat de mariage des époux et quand bien même ils les auraient connus, ils n'ont eu aucun moyen de savoir si la nouvelle acquisition était ou non la première, depuis la célébration du mariage.

Nous venons de voir que la théorie du remploi fut d'abord confondue avec celle des récompenses, mais peu à peu cette confusion disparut ; en effet, la théorie des récompenses et celle du remploi sont deux choses tout à fait distinctes. Il y a remploi toutes les fois qu'un propre des époux a été aliéné et qu'une autre chose a été achetée pour lui être substituée. Il y a récompense, au contraire, lorsque des deniers, soit propres à un des époux, soit provenant de la vente

d'un propre sont tombés dans la communauté : à sa dissolution, l'époux de qui proviennent ces deniers prélève sur la communauté une somme égale à celle qu'il y a fait entrer. Le remploi a précisément pour but d'obvier à l'insuffisance de ce système de récompenses ; l'époux, dont le bien a été aliéné et qui n'a qu'un droit de créance sur la communauté, n'est pas suffisamment protégé. Avant l'aliénation, il était propriétaire, il avait ainsi un droit qui ne pouvait être compromis, un bien qu'il retrouvait nécessairement à la dissolution de la communauté et qui, en outre, était d'ici là susceptible de plus-value ; maintenant au contraire, par le fait de l'aliénation, il n'est plus que créancier de la communauté ; l'utilité de sa créance peut s'évanouir si la communauté et l'autre conjoint deviennent insolvables ; de plus la créance qui remplace l'immeuble n'est pas susceptible de plus-value, elle réduit l'époux à une quote-part invariable et détermine irrévocablement la valeur à laquelle il peut prétendre. Le remploi obvie à ces inconvénients, il refait la situation, détruite par l'aliénation, en plaçant dans le patrimoine de l'époux créancier un bien de même nature que celui qui en était sorti ; le droit de l'époux n'a pas changé, mais seulement son assiette et sa base matérielle. Dans le droit moderne le remploi se fait soit par application des règles de la communauté légale, soit par l'effet d'une clause du

contrat de mariage. Dans le premier cas, le remploi est dit facultatif, dans le second conventionnel. Il y aura donc lieu d'étudier le remploi à ces deux points de vue successifs : d'abord sous le régime de la communauté, ensuite sous le régime dotal.

CHAPITRE PREMIER

DU REMPLOI FACULTATIF SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

SECTION PREMIÈRE

Des Biens dont le prix d'aliénation peut servir à opérer le remploi.

Sous le régime de la communauté, la règle c'est que tous les biens acquis pendant le mariage tombent en communauté, le remploi, nous l'avons vu, est une dérogation au droit commun. De ce fait que la théorie du remploi est une théorie d'exception, il résultera que nous devons l'interpréter d'une manière restrictive et que nous ne devons pas l'étendre, par des arguments d'analogie, à des espèces non prévues par la loi. Ce principe posé, entrons dans les applications.

Le remploi a pour but de substituer un bien propre à un autre propre. Or, il y a deux espèces de biens propres : les propres mobiliers et les propres immo-

biliers. Sont-ils tous les deux au même point susceptibles de donner lieu à un emploi ?

La première idée qui vienne à l'esprit c'est que les immeubles sont les biens se prêtant le mieux au emploi, car, d'après les règles du régime de la communauté, les seuls biens propres sont, en principe, les immeubles ; c'est par exception que nous trouvons des meubles propres.

Ces cas exceptionnels sont faciles à signaler ; tout d'abord une première catégorie de propres mobiliers apparaît par la lecture de l'article 1401 :

« La communauté se compose activement de tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession ou même de donation, *si le donateur n'a pas exprimé le contraire.* » On doit conclure de là que sont propres mobiliers tous les biens donnés ou légués sous la condition expresse qu'ils resteront propres. Sont encore propres mobiliers tous les meubles acquis en échange d'un propre mobilier ou immobilier. Quand un propre est vendu, la créance du prix appartient en propre à l'époux qui a aliéné et elle est subrogée aux lieu et place de la chose aliénée ¹. Enfin toutes les fractions détachées d'un propre, si ces fractions n'ont pas le caractère de fruits, sont encore propres. (art. 1403).

1. Pothier, *Communauté*, 99. Laurent : T. XXI, nos 281 et 282.

Voilà donc trois espèces de propres mobiliers : le prix provenant de leur aliénation pourra-t-il servir à faire un emploi : la question est controversée. D'après un premier système, les immeubles seuls peuvent donner lieu à un emploi.

On s'appuie sur l'article 1433 : « S'il est vendu un *immeuble* appartenant à l'un des époux » ; il semble donc bien que le emploi ait pour cause la vente d'un immeuble ; on invoque encore l'article 1434 « le emploi est censé fait à l'égard du mari toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel » ; enfin on fait valoir l'article 1435, qui suppose formellement l'acquisition faite des deniers provenus de l'immeuble vendu et pour lui tenir lieu de emploi.

A ces arguments nous opposerons l'article 1470. Sur la masse des biens, chaque époux ou son héritier prélève 1° ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent encore ou *ceux qui ont été acquis en emploi* ». Les mots biens personnels, qui ne tombent pas en communauté, indiquent bien qu'il ne s'agit pas uniquement de biens immobiliers, mais de biens mobiliers et immobiliers. Quant à l'article 1433, il n'est pas spécial au emploi. Il statue sur le fait qui se produira le plus souvent, savoir un immeuble vendu pour qu'il en soit fait emploi, mais

il n'indique pas une règle de remploi. Il traite des récompenses et donne à l'époux droit à récompense ; il ne parle que des immeubles, mais, bien entendu, si un propre mobilier est vendu, l'époux à qui il appartient aura droit à une récompense ; cet article est muet sur ce cas qui n'est pas douteux, pourquoi donc faire de ses dispositions une loi générale.

Dans un second système on décide qu'il peut être fait remploi du prix des propres immobiliers et des propres mobiliers, pourvu que ceux-ci soient des propres parfaits.

Cette doctrine implique un examen préalable de la condition des propres mobiliers et son étude a un intérêt d'autant plus grand qu'aujourd'hui la propriété mobilière a pris une grande extension. Les actions mobilières, les obligations, les fonds de commerce et tant d'autres valeurs éminemment variables resteront-elles la propriété de l'époux ; leur plus-value ou leur moins-value sera-t-elle à ses risques ou bien au contraire à la charge ou au profit de la communauté ! Qui supportera les pertes ? Qui bénéficiera des plus-values, voilà ce qu'on se demande ?

Pothier ¹ enseigne que tous les propres mobiliers tombent dans la communauté. Malgré l'autorité du jurisconsulte, ce parti nous semble inadmissible. Il est, en effet, contraire à la liberté des conventions

1. *Intr. à la cour d'Orléans*, t. I, n° 325.

matrimoniales. Un époux, qui, dans son contrat de mariage, se réserve certains biens comme propres, entend bien en conserver la propriété. En faveur de l'opinion de Pothier, on fait valoir l'article 1503 : « Chaque époux a le droit de reprendre et de prélever, lors de la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage, ou qui lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté. » Ce texte est compris dans un ensemble de dispositions excluant de la communauté le mobilier, en tout ou partie. Il ne faut donc pas l'étendre en dehors du point spécial qu'il vise et nous en tenir à l'intention des parties, opinion qui, d'ailleurs, est confirmée par l'article 1428. Puisque le mari a l'exercice des actions mobilières appartenant à la femme, c'est donc qu'elle a des propres mobiliers. Dans le même sens l'article 1433, « dans le cas où le prix d'un immeuble est tombé dans la communauté, le mari a le droit d'en prélever le prix, » et l'article 1470 : « Sur la masse des biens, chaque époux prélève : 1° ses biens personnels qui ne sont pas entrés en communauté. »

Voilà donc établi le point que tous les propres mobiliers ne tombent pas dans la communauté. A quel signe reconnaîtra-t-on les propres mobiliers tombant dans la communauté et ceux restant propres aux époux, les propres mobiliers parfaits et les propres mobiliers imparfaits ? Sur ce point l'article 1851 sur la

société nous donne une classification certaine : « Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont des corps certains et déterminés, qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire. — Si ces choses se consomment, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues, ou si elles ont été mises dans la société, sur une estimation portée par un inventaire, elles sont aux risques de la société. — Si la chose a été estimée, l'associé ne peut rejeter que le montant de son estimation. » Voilà le signe où nous reconnaitrons les propres parfaits des propres imparfaits. S'ils se consomment par le premier usage, si ce sont des choses fongibles tels que argent, grains, liquides, ou choses apportées avec estimation avec la clause que l'estimation vaudra vente, la communauté en est propriétaire : le mari, chef de la communauté pourra les aliéner, et la femme n'en sera que créancière. S'il s'agit, au contraire, de meubles ne se consommant pas par le premier usage, meubles dont on peut jouir sans les détériorer, l'époux en restera propriétaire et la communauté n'aura que l'usufruit.

Maintenant que nous avons divisé les biens mobiliers en deux classes, que faut-il en dire par rapport au emploi ? Faudra-t-il admettre tous les meubles au emploi, comme dans le système exposé précédem-

ment ? Nous ne le pensons pas. Les propres imparfaits tombent dans la communauté et les époux du chef duquel ils y sont tombés, n'ont droit qu'à un prélèvement. Si le remploi des propres imparfaits était permis, cela changerait la situation des époux et les deux raisons qui nous faut repousser cette solution, c'est qu'elle serait contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et qu'elle servirait à frauder les créanciers de la communauté.

1° Ce serait contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Les époux peuvent faire, dans leur contrat de mariage, telle clause qu'ils jugent à propos, mais une fois le mariage célébré, ils n'y peuvent rien changer. Le législateur n'a pas voulu que les époux cédassent à des entraînements irréfléchis; avant le mariage les époux ont leur liberté pleine et entière; il n'en est pas toujours de même après.

Si donc un époux s'est constitué, par contrat de mariage, certains biens comme propres, c'est qu'il a voulu se les réserver comme propres. Ces biens, s'ils sont propres imparfaits, tomberont dans la communauté et l'époux n'en sera pas propriétaire, mais simplement créancier à la dissolution de la communauté.

2° Ce serait un moyen de frauder les créanciers de la communauté. Les créanciers ont pour gage com-

mun le patrimoine de la communauté et celle du mari, mais ils n'ont aucun recours sur les biens de la femme. Par conséquent, il suffirait de faire passer des valeurs de la communauté dans le patrimoine de la femme pour frauder les créanciers de la communauté.

Pour ces deux motifs, nous dirons que le remploi des biens mobiliers restés propres à chacun des époux est possible, mais non le remploi des biens tombés en communauté. Si un époux aliène un bien stipulé propre, dont il est resté propriétaire, ce remploi ne changera rien aux conventions matrimoniales, il se passera en dehors de la communauté. Et ainsi, d'une part, nous n'avons pas voulu limiter le remploi aux immeubles, car il nous a semblé que le législateur avait, dans les articles 1433 et 1434, statué sur le cas qui se présente le plus souvent. Mais, d'un autre côté, nous n'avons pas étendu le remploi à toute espèce de meubles : en effet, le droit de créance que l'un des époux a sur la communauté relativement aux propres imparfaits ne se transforme en droit de propriété qu'aux dépens de la communauté. Si, pour eux, nous interdisons le remploi, c'est, qu'à proprement parler, ils ne constituent pas de propres. Rien de cela avec la distinction que nous avons admise : sans doute, le remploi des propres parfaits, en le supposant fait au profit de la femme, pourra nuire aux créanciers de la communauté, mais pas plus que le remploi des

immeubles. Il est certain que si le prix de l'immeuble, comme celui du meuble propre parfait était resté dans la communauté, les créanciers qui se trouveraient ainsi en présence d'un créancier comme eux auraient la chance d'être mieux traités que s'ils ont affaire à un conjoint, excipant non plus d'un droit de créance, mais d'un droit de propriété. C'est là le résultat forcé de tout remploi, le législateur l'a prévu aussi bien que nous, et cependant il ne lui a pas paru suffisant pour écarter l'institution.

Telles sont les valeurs propres qui peuvent servir au remploi. Il ne suffit pas de les avoir déterminées ; on peut se demander si l'aliénation des biens propres susceptibles d'être remployés pourra intervenir postérieurement à l'acquisition faite en remplacement. C'est la question du remploi par anticipation. Plusieurs auteurs ont pensé qu'il n'était pas possible : la loi exige, disent-ils, que les deniers proviennent de la vente d'un immeuble, s'il n'est pas vendu, on ne pourra pas faire remploi de son prix. « Il répugne, dit M. Toulier ¹, à la nature même des choses, de remployer un prix qui n'existe pas, qui ne peut pas être connu : qu'on mette une chose à la place d'une autre qui n'est pas déplacée, qui occupe encore sa place. » Malgré cette opinion nous admettrons la validité du remploi par anticipation.

1. Toulier, 42, n° 370.

Dans toute acquisition, on distingue la fixation du prix et son paiement. Par exception, en cas de remploi, la loi exige une déclaration d'origine des deniers, il ne faut pas exagérer la portée de la loi et ce n'est certainement pas l'esprit du législateur d'exiger l'identité des deniers ; la loi ne demande que la déclaration d'origine et cela seulement au moment du paiement du prix : il faudra que le prix de la valeur aliénée se trouve à la disposition du mari au moment du paiement de l'immeuble acquis en remploi. Partant de ce principe, nous ne voyons pas pourquoi l'achat avec déclaration de remploi ne pourrait pas avoir lieu, avant l'aliénation du propre que l'on se propose de remplacer. C'est donner aux époux le moyen de profiter des occasions avantageuses, et ce remploi, qui est utile aux époux, n'est nullement prohibé par la loi. Le remploi ne sera pas, en réalité, effectué par anticipation ; le propre à remployer sera aliéné seulement après l'acquisition de l'immeuble destiné à lui tenir lieu de remploi.

D'après un système intermédiaire, il faudrait distinguer : le remploi par anticipation serait admis lorsque cette opération a lieu au profit de la femme, il ne le serait pas si elle porte sur un bien du mari. Dans cette doctrine, on fait observer le danger du remploi anticipé que le mari pourrait faire de ses biens propres.

1. Troplong, *Contrat de mariage*, t. II, n° 1154.

Lorsqu'une acquisition lui est avantageuse, il pourrait dire qu'il l'avait faite en remploi; au contraire, il la laisserait tomber dans la communauté, si elle ne l'était pas. Cette distinction est purement arbitraire. En effet, partout nous voyons les mêmes conditions au remploi qu'il soit fait au profit de la femme ou au profit du mari, sauf l'acceptation de l'article 1435 : du reste, dans le remploi ordinaire le mari pourra opérer la fraude dont parle M. Troplong et si le législateur avait voulu mettre la femme en garde contre ce fait, il aurait refusé au mari la faculté de remploi.

Mais si nous admettons le remploi par anticipation, nous devons ajouter aussitôt, que les deniers provenant de la vente du propre, qui doit servir à payer l'acquisition, devront avoir été effectivement versés dans la caisse de la communauté. Autrement l'immeuble, le propre vendu se trouve remplacé par une créance qui est elle-même un propre (art. 1433) et par suite la place du bien aliéné n'est pas vacante, elle ne saurait être prise par un bien nouvellement acquis. D'ailleurs la loi suppose que les deniers employés du remploi sont disponibles dans la caisse commune; or, dans l'espèce, cette condition ne serait pas remplie. Il en sera à plus forte raison de même de la créance n'était plus liquide ou exigible. Il y aura un seul moyen légal de faire le remploi dans ce cas: ce sera, que l'époux, acquéreur de l'immeuble délègue à son vendeur

la créance du prix qui lui est dû, si ce vendeur veut bien l'accepter.

Toujours dans le même ordre d'idées, on peut supposer qu'entre l'époque fixée pour le paiement et celle antérieure de l'acquisition en remploi, soit survenue la dissolution de la communauté. Quel sera alors le sort du remploi ? Posons d'abord ce principe que pendant la durée de la communauté, les époux peuvent faire certaines modifications à leurs biens et à ceux de la communauté, mais, à sa dissolution, ils ne peuvent plus rien faire ; leur droit est établi d'une manière définitive. Duplessis, dans l'ancien droit, disait que la dissolution de la « communauté acquiert droit à chacun ». L'article 1435 dit que si la femme n'a pas accepté le remploi, « elle a simplement droit, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu ». Cette disposition est formelle, elle refuse le remploi à la femme, après la dissolution de la communauté. Ce que nous disons du remploi ordinaire, il faut l'étendre au remploi par anticipation : il faut que l'immeuble avec lequel on se proposait de faire remploi ait été aliéné pendant la communauté : nous irons même plus loin en disant que non seulement l'aliénation, mais le paiement du prix doivent avoir lieu pendant la durée de la communauté. Mais le remploi sera valablement accompli si les deniers propres ont été touchés par l'époux,

quand bien même le prix du bien acquis ne l'aurait pas encore été. En effet, d'après l'analogie que nous avons constatée entre la vente et le remploi, il n'y a aucune raison pour ne pas admettre que l'acquisition en remploi ne soit pas, de même que la vente, parfaite par le seul consentement des parties.

SECTION II

Quels biens peuvent être acquis en remploi.

L'idée première c'est que le bien, faisant l'objet de l'acquisition, doit être susceptible de propriété; le dernier mot du remploi est, en effet, la substitution d'un droit de propriété à un droit de créance: c'est là le résultat voulu par le législateur, dans les articles 1434 et 1435.

Or, les immeubles sont de tous les biens ceux qui satisfont le mieux à cette condition.

Mais faut-il limiter à cette seule catégorie de biens la faculté du remploi ou l'étendre même aux biens mobiliers? Il y a un premier point, qui ne fait pas de difficulté, c'est que le remploi est possible en certaines valeurs mobilières que des dispositions spéciales ont formellement prévues, comme pouvant être assimilées aux immeubles: actions de la Banque de France et

des canaux d'Orléans et du Loing¹. (Déc. du 16 janvier 1808 et du 1^{er} mars 1809.)

De même dans le budget de 1862 nous trouvons une disposition étendant cette faveur à la rente 3 0/0 : « Les sommes dont le placement ou le emploi en immeubles est prescrit ou autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat, par une disposition à titre gratuit, entre vifs ou testamentaire, peuvent être employées en rentes 3 0/0 de la dette française, à moins de clause contraire. Dans ce cas, sur la réquisition des parties, l'immatricule de ces rentes au Grand Livre de la dette publique en indique l'affectation spéciale. » La rente 3 0/0 jouissait de ce fait d'un privilège, à l'exclusion des autres rentes ; il est certain que les rentes 4 1/2 et 5 0/0 sont dans une condition moins favorable pour faire un placement, car elles sont plus facilement convertibles que le 3 0/0. Plus tard, à la suite de l'émission de rentes 5 0/0, après la guerre, la loi de finances de 1871 étendit cette faveur à toute espèce de rentes. « Les sommes dont le placement ou le emploi en immeubles est prescrit ou autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat ou par une disposition à titre gratuit, entre vifs ou testamentaire, peuvent, à moins de clause contraire, être employées en rentes françaises de toute nature. Dans

1. L'État a racheté la concession de ces canaux. (Décr. du 1^{er} août 1860 et 20 mai 1863.)

ce cas et sur la réquisition des parties, l'immatricule de ces rentes sur le Grand Livre de la dette publique en indique l'affectation spéciale. » Les rentes sont favorisées entre toutes les valeurs mobilières : les parties ont, toutefois, le droit de stipuler que le remploi ne peut avoir lieu en rentes, mais, si elles ont gardé le silence, la présomption est qu'elles s'y sont soumises. Il faudra d'ailleurs que les juges se laissent guider par l'intention des parties.

Ces valeurs ainsi que les immeubles peuvent donc tenir lieu de remploi : cela n'a été contesté par personne. Mais faut-il étendre aux meubles en général la faculté de remploi ou la restreindre aux immeubles ?

Une première opinion ne permet de faire un remploi qu'en immeubles.

Elle s'appuie sur l'art. 1493. Dans cet article, il n'est question que d'immeubles, par conséquent, dit-on, c'est le seul mode de faire un remploi. On ne peut donc considérer comme remploi les rentes sur les particuliers, la constitution de rente viagère sur la tête de l'un des époux, le prêt des capitaux, ni, avant les lois de finances de 1862 et 1871, les rentes sur l'État.

Le texte, sur lequel s'appuie cette opinion, ne nous semble pas avoir toute l'autorité qu'on lui donne. L'article 1493 parle bien, dans son 2^o paragraphe « du prix de ses immeubles aliénés dont le remploi

1. Troplong, *Cont. de mar.*, t. II, n^o 1142.

n'a pas été fait et accepté comme il est dit ci-dessus, » mais le § 1 du même article donne à la femme le droit de reprendre ses immeubles et ne parle pas des meubles ; on ne lui refuse pas pourtant le droit de les reprendre. Pourquoi donc admettre que le 2^e paragraphe de l'article 1493 renferme une règle générale, quand personne ne le soutient pour son 1^{er} ? Au contraire, l'opinion adverse ne va contre aucun texte : bien plus, tous les articles qui ont trait au remploi, articles 1434, 1435, sont muets sur la nature des biens à acquérir en remploi. Qu'en conclure, sinon qu'un tel remploi est permis ? Cette opinion n'est pas contredite par l'article 1595 2^e, ni par l'article 1470, qui parle de biens personnels. Or, nulle part, biens ne signifie immeubles.

Sans doute le remploi en immeubles sera beaucoup plus fréquent et, au temps du Code, la fortune mobilière étant moins considérable qu'aujourd'hui, il n'est pas très surprenant que les rédacteurs du Code aient passé ce point sous silence. Mais aujourd'hui les valeurs mobilières, les rentes, les actions de chemins de fer etc, sont tout aussi solides que bien des placements immobiliers et il n'y a aucune raison de refuser à un époux, qui trouve un placement en valeurs mobilières suffisant, de le faire.

Seulement nous reproduirons ici la distinction que nous avons faite dans le chapitre précédent. On ne

pourra acquérir en remploi que des meubles qui survivent à l'usage, et non pas des choses qui se consomment *primo usu*. Il n'y a, du reste, aucune différence entre cette espèce et celle que nous avons étudiée antérieurement.

Une troisième opinion défendue par MM. Rodière et Pont¹ fait une distinction assez subtile. Le remploi doit être fait en biens de la même nature que ceux qui ont été aliénés. Par conséquent, le patrimoine, qui se sera appauvri d'un immeuble, ne pourra acquérir en remploi qu'un immeuble et réciproquement. Le défaut de cette doctrine, c'est de n'être fondée sur aucun texte : aussi préférons-nous nous en tenir à l'opinion que nous avons exposée plus haut. Du reste, nous constaterons que le remploi en immeubles est celui que l'on rencontre le plus souvent, mais il ne s'en suit nullement que le remploi en meubles soit interdit.

Le plus souvent le bien acquis pour tenir lieu de remploi sera un bien appartenant à un tiers. Mais on peut prévoir le cas où le mari abandonne à sa femme pour lui tenir lieu de remploi son bien propre ou un bien de communauté. Dans ces deux cas, le remploi est valable : 1° s'il s'agit d'un bien propre, le mari peut l'aliéner ; 2° s'il s'agit d'un bien de communauté, nous nous trouvons dans un des cas de l'art. 1595, où la vente est permise entre époux. Il faut cependant re-

1. *Contrat de mariage*, t. I, n° 681.

marquer que la femme ne fera pas une opération avantageuse, car elle diminuera ses sûretés. Supposons, par exemple, que le mari ait un immeuble propre et qu'il le donne en remploi à sa femme; la femme perd par là même une garantie, ou plutôt l'assiette de son hypothèque légale est diminuée d'autant; si, au contraire, le remploi avait été fait avec l'immeuble d'un tiers, la femme aurait conservé l'intégralité de ses garanties.

Il est rare que l'immeuble acquis en remploi soit exactement du prix de celui qui a été aliéné. S'il est exactement du même prix, il n'y a aucun doute, l'immeuble se substitue purement et simplement à l'autre et il n'y a rien de changé dans le patrimoine de l'époux, qui a fait le remploi. Notons qu'il n'est nullement tenu compte de la valeur de l'immeuble aliéné, ni de celui acquis en remploi : la seule chose, c'est le prix. L'immeuble acquis passe, quel que soit son prix, dans le patrimoine de l'époux, sans qu'il soit tenu compte à la communauté, soit du bénéfice réalisé, soit de la perte éprouvée par l'époux, qui a fait le remploi.

Si le bien acheté pour tenir lieu de remploi est inférieur à celui qui a été aliéné, il reste entièrement propre et la communauté doit une récompense pour la valeur qui y est tombée de ce chef.

Si le bien acheté est supérieur de peu de chose à

1. Pothier, *Traité de la communauté*, n° 198.

celui qui a été vendu, il est propre pour le tout, mais l'époux, qui en est propriétaire, doit récompense à la communauté de la différence du prix. S'il dépasse de beaucoup le bien aliéné, Pothier décide qu'il y aura indivision entre la communauté et les époux, et cette solution nous paraît la plus juridique.

SECTION III

Remploi des propres du mari.

Les règles du emploi des propres du mari sont indiquées d'une manière certaine par l'article 1434. « Le emploi est censé fait à l'égard du mari, toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble, qui lui était personnel et pour lui tenir lieu de emploi. » La loi exige donc deux déclarations : l'une portant sur la provenance des deniers, l'autre sur le caractère de l'acquisition que l'on va faire. Cette double déclaration est requise tant dans l'intérêt des époux que dans celui des tiers. Dans l'intérêt des époux, il importe que le patrimoine propre reste étranger à celui de la communauté, il faut que le emploi d'un bien appartenant en propre à un des époux se passe absolument sans léser les intérêts de l'autre. Il fixe d'une manière déterminée les droits des deux

époux sur les biens de la communauté. Quant aux tiers, il y aurait un moyen de fraude, qui serait bien simple. Les biens de la communauté et les propres du mari répondent de ses dettes ; si l'on n'avait pas exigé une double déclaration, le mari aurait pu, par voie d'achat, transformer les biens de la communauté en prétendus bien propres de la femme et soustraire ainsi aux créanciers les biens communs, qui sont leur gage. Aussi la loi a-t-elle exigé, d'une manière formelle, l'indication de la provenance des deniers, mais, comme nous l'avons vu précédemment, on n'exige pas l'identité, ce qui aurait été très difficile, on exige seulement que ces deniers aient été versés dans la communauté, qu'ils soient disponibles et la déclaration que le nouvel immeuble est acquis pour tenir lieu de remploi.

Malgré les termes de la loi, certains commentateurs ont nié la nécessité de la double déclaration, en s'appuyant sur un passage de Pothier¹ : « Lorsque j'achète, durant la communauté, un héritage avec déclaration que c'est des deniers qui m'étaient propres, ou lorsqu'on dit que c'est pour me tenir lieu de remploi du prix de cet héritage, l'héritage a, par la subrogation, la qualité de propre de communauté. » Or, dit-on, le texte du Code a une grande analogie avec celui de Pothier, les rédacteurs du Code n'ont fait que le copier à cet

1. Pothier, *Traité de la communauté*, n° 198.

endroit et le changement de *ou* en *et* n'est que le fait d'un copiste. Si Pothier était le seul auteur que nous ayons du droit antérieur au Code, cet argument pourrait nous toucher, mais cela n'est pas celui de tous les jurisconsultes, Pothier est à peu près le seul qui ait introduit cette distinction. Renusson ¹, Lebrun et Duplessis exigeaient la déclaration de l'origine des deniers et du but de l'acquisition. Bien plus, certaines coutumes prescrivaient une déclaration de plus : l'époux devait, en vendant son propre, déclarer que le prix provenant de cette aliénation, servirait à faire un remploi. Dans la coutume du Bourbonnais, art. 239, dans la coutume de Melun, art. 224, dans celles de Sens, du Nivernais et d'Auxerre, on trouvait l'obligation de déclarer que l'on vendait un bien pour en faire remploi, entourée de certaines solennités. Comment donc admettre que les rédacteurs du Code, qui connaissaient très bien leurs anciens auteurs, aient ignoré la discussion qui avait eu lieu et que ce soit à une inadvertance d'un copiste plutôt qu'à une volonté raisonnée, qu'on doive la rédaction de cet article.

Du reste, les auteurs qui croient une seule déclaration nécessaire ne vont pas tous aussi loin que Pothier. C'est ainsi que pour MM. Aubry et Rau ², la

1. Renusson, *Des propres*, ch. IV, sect. 6; — Lebrun, liv. III, ch. II, sect. 2; — Duplessis, *Communauté*, liv. II et IV, sect. 2.

2. Aubry et Rau, t. V, § 507, p. 303 et 304, notes 68 et 70.

déclaration que le prix est payé des deniers provenant d'un propre, ne suffit pas ; mais, à l'inverse, ils se contentent de celle que l'immeuble est acquis pour tenir lieu de remploi. En effet, disent-ils, si la loi n'exige pas l'identité des deniers, il n'y aucune raison juridique pour qu'il en soit autrement. La loi n'exige pas l'identité des deniers, parce que c'est une condition très difficile à remplir, aussi se contente-t-elle d'exiger la présence de ces deniers dans la communauté, ce qui est une sécurité bien suffisante. Nous avons vu, d'ailleurs, dans le remploi anticipé, que l'on pouvait très bien acquérir un immeuble en mettant la condition que l'on payerait avec les deniers à provenir de la vente d'un propre et alors la condition d'identité de deniers se trouverait remplie.

Notre opinion trouvera encore un appui dans la théorie générale de la subrogation réelle. Le remploi est un des cas les plus fréquents de l'application de la subrogation. « La subrogation réelle, dit M. Flach ¹, est une fiction juridique en vertu de laquelle une chose nouvellement entrée dans le patrimoine d'une personne, représente à certains égards, celle qui, en place, en est sortie, la chose nouvelle revêtant une ou plusieurs des qualités de l'ancienne. » C'est bien là le caractère du remploi : un immeuble sort d'un patri-

1. M. Flach, *Subrogation réelle*, p. 5.

moine et un autre vient prendre sa place; il n'y a aucun changement dans l'état du patrimoine, il n'y a que la substitution d'un immeuble à un autre. Dès lors, il faut appliquer au remploi les règles de la subrogation; or, l'article 1250 2° dit: « Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire; que dans l'acte d'emprunt, il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement et que, dans la quittance, il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier. » Dans le même sens, l'article 2103 2° et 5°. Ces deux textes exigent, pour la subrogation: 1° la déclaration que la somme d'argent a été empruntée pour faire un paiement, 2° que l'on déclare que le paiement est fait avec ces deniers. Ces règles sont celles de la subrogation personnelle, mais on peut en tirer un argument d'analogie en faveur du remploi, subrogation réelle.

On objecte l'article 1407 : l'immeuble acquis à titre d'échange est subrogé aux lieu et place de l'immeuble échangé. Mais ce cas n'est pas un remploi, c'est un échange. Ce qui caractérise le remploi, c'est que le prix de l'immeuble aliéné est tombé dans la commu-

nauté et que la loi prend des dispositions pour que ce prix n'enrichisse pas la communauté, au détriment de l'un des époux. Ici rien de semblable : un époux change un bien contre un autre, l'opération se passe en dehors de la communauté, qui n'a rien à y perdre, ni rien à y gagner ; comme il n'y a pas de deniers y tombant, l'époux n'a rien à craindre. On ne peut donc pas étendre cet article 1407 à notre sujet.

Mais il ne suffit pas de faire les deux déclarations ; il faut qu'elles aient lieu en même temps que l'acquisition de l'immeuble, qui doit tenir lieu de remploi. En faveur de cette opinion nous avons le texte de l'article 1434. Si l'on pouvait faire ces déclarations *ex intervallo*, ce serait un moyen donné au mari de frauder la communauté. Supposons, en effet, que le mari achète un immeuble pour tenir lieu de remploi ; s'il fait la déclaration en l'achetant, cet immeuble est subrogé immédiatement aux lieu et place de l'immeuble aliéné et les risques sont pour le mari. Si, au contraire, le mari n'était pas obligé de faire une déclaration concomitante, il pourrait acheter l'immeuble avec les biens de la communauté. Puis, si cet immeuble augmentait de valeur, il pourrait dire qu'il l'a acquis en remploi d'un bien qu'il aliénerait, tandis que si la valeur baissait, il le laisserait au compte de la communauté. Du reste, il ne faut aucune formule spéciale pour cette déclaration : le contrat de vente est

un contrat consensuel, pouvant être constaté soit par acte authentique, soit par acte sous-seing privé ; la déclaration de remploi n'a pas besoin de plus de formalités.

Nous avons, jusqu'à présent, supposé que le remploi résulte de l'aliénation d'un immeuble. Peut-il avoir lieu par cession de créance ? Le fait ne paraît pas douteux. On n'exigera pas la déclaration d'origine des deniers, car ils n'auront pas été touchés, mais en donnant comme prix du remploi cette créance, on sera bien dans l'esprit de la loi. Il faut que l'intention de faire le remploi soit clairement exprimée et on n'y pourrait pas suppléer. Du reste, dans l'ancien droit, on était précis sur ce point, témoin ce passage de Lebrun¹ : « Si un mari achète une terre de 20.000 livres, par exemple, donnant en paiement une obligation de pareille somme, que le vendeur lui doit et qu'il s'est stipulé propre, dans son contrat de mariage, il est vrai de dire qu'il paye le conquêt de sa créance, *mais qu'il ne se fait pas un remploi actuel, s'il ne le déclare*, car autre chose est donner en paiement d'une terre une obligation qu'on avait sous un propre et de prendre cette terre pour le remploi actuel de son obligation ; on donne ce qu'on a ou ce qu'on peut donner en paiement d'une acquisition, et quand l'on donne son

1. Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. III, ch. II, sect. 1, dist. 2, n° 75.

propre, cette dation en paiement acquiert un emploi du propre au mari qui le fait, mais ne lui procure pas de emploi actuel. » Ce texte est formel et il n'est pas probable que le droit actuel y ait dérogé.

Il ne suffit pas de dire en termes vagues que le prix provient de la vente d'un propre ; il faut bien spécifier que ce prix provient de la vente de tel propre. Le droit actuel est moins sévère sur ce point que le droit ancien, qui exigeait, dans certaines coutumes, que l'on déclarât que l'on faisait l'aliénation avec l'intention d'en remployer le prix ; il a trouvé que deux déclarations suffisaient ; mais il ne faut pas étendre la loi et il faut l'interpréter d'une manière restrictive.

Le remploi pourrait donner lieu à de nombreuses fraudes, il est donc naturel que le législateur ait entouré les tiers et les époux de toutes les garanties possibles.

Il n'est pas nécessaire que l'acquisition en remploi ait lieu en termes sacramentels. Il suffit simplement que l'intention de remploi soit déclarée et une fois cette formalité accomplie, le bien acquis est subrogé au bien aliéné. « Les déclarations¹ lient irrévocablement le mari, sans le concours de la femme, les biens ainsi acquis par lui en remploi lui deviennent personnels et propres. L'augmentation de valeur, aussi

1. Toullier, t. VI, n° 356.

bien que la diminution et même la perte totale, demeurent à sa charge. »

SECTION IV

Remploi des propres de la femme.

Le emploi que fait le mari du prix provenant de l'aliénation d'un propre, est absolument indépendant de la communauté et de la femme. Il le fait quand bon lui semble, il aliène et achète le bien qu'il veut. Quand il s'agit du emploi au profit de la femme, il n'en est plus de même et la loi exige son acceptation. Avant d'entrer dans le mécanisme du emploi des propres de la femme, il s'agit de savoir si ce emploi est obligatoire pour le mari. Non, certainement non, le mari est le seul juge en cette matière et s'il ne veut pas faire le emploi, sa femme n'aura aucun moyen légal de l'y obliger. M. Troplong¹ en donne le motif : le mari est jugé souverain du parti décisif et le droit de la femme à un emploi ne lui donne pas action pendant le mariage ; cette action serait inconvenante, elle serait une cause de discorde entre le mari et la femme ; c'est donc le mari qui décidera si le emploi doit être actuel ou s'il doit être remis après la dissolution du mariage ! L'on ne peut agir en justice qu'au-

1. Troplong, *Cont. de mariage*, t. II, n° 1109.

tant que l'on a une action, et nulle part nous ne voyons la loi en accorder une à la femme. Il ne faut pas perdre de vue que nous sommes dans le remploi purement facultatif, car, dans le remploi conventionnel, il n'en serait pas de même.

Le mari, quand il aliène un bien, ne peut acquérir en remploi que le bien d'un tiers, il ne peut pas acheter le bien de la femme, car la vente entre époux est prohibée, sauf des exceptions, dont n'est pas ce cas. Au contraire, il peut aliéner un des biens de la communauté : « Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme », article 1421. Il peut faire ce qu'il veut des biens communs et, d'autre part, l'article 1595 2° autorise ce mode de remploi. La femme aurait, à la dissolution de la communauté, un droit de créance sur celle-ci ; elle peut désirer avoir, au lieu d'un simple droit de créance, un droit de propriété. Le mari peut aussi céder à la femme comme remploi, un de ses propres. Il faut noter toutefois que, dans ce dernier cas, sa situation n'est pas tout à fait semblable ; en aliénant son propre, il éteint une dette de la communauté, par conséquent, il aura droit à récompense, tandis que, dans le premier cas, tout est terminé.

§ 1^{er}. — Remploi au profit de la femme, réalisé par la vente d'un bien de communauté ou d'un propre du mari.

Une telle opération est permise entre époux par l'article 1595, 2°, qui autorise le mari à faire une cession à sa femme quand elle a une cause légitime, « telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas dans la communauté. » La femme, en aliénant un bien, en a fait tomber le prix dans la communauté ; cette dernière lui en devra récompense à sa dissolution et si elle est insolvable, la femme aura un recours contre son mari. Le remploi n'aura donc pour effet que d'éteindre, dès à présent, ce recours. Il faut que la femme accepte ce remploi et la communauté ne sera libérée envers la femme qu'autant qu'elle aura accepté l'offre du mari. Il n'est pas nécessaire que l'acceptation soit concomitante à l'acte, la femme au moment de faire un acte important peut avoir le désir de réfléchir. Tant que le mari n'a pas retiré son offre, la femme aura la faculté de l'accepter ; mais alors, la valeur du remploi sera comptée du jour où les époux l'auront fixée et cette translation de propriété devra être transcrite.

Ici aussi la dissolution de communauté, survenant avant l'acceptation de la femme, annule les offres de remploi faites. La femme, qui n'a pas accepté le rem-

ploi reste purement et simplement créancière de la communauté.

L'article 1595 ne parle pas des formalités exigées par les articles 1434 et 1435 : nous sommes ici en présence d'un cas spécial et il ne faut pas exiger l'application des art. 1434 et 1435 : du reste, leur utilité ne se fait pas sentir ici. Il n'y a pas, comme dans le remploi ordinaire, aliénation d'un propre et, de ce chef, enrichissement de la communauté ; ce n'est pas un achat que fait le mari pour tenir lieu de remploi à sa femme ; il cède un de ses immeubles, il y a *datio in solutum* et non pas vente. Si nous sortons de cette hypothèse, il faudra, pour la validité du remploi, les deux déclarations mentionnant l'origine des deniers et l'intention de faire remploi, et l'acceptation de la femme. Ce remploi aura exactement la même portée que les autres : l'immeuble de la communauté ou du mari sera de plein droit subrogé à celui de la femme et sa dette vis-à-vis de la communauté éteinte. La différence qu'il y aura si le mari a donné un propre en remploi, c'est celle que nous avons vue plus haut, il a droit à une récompense, s'il a donné un immeuble de la communauté tout est fini.

§ 2. — Remploi au profit de la femme réalisé par l'acquisition du bien d'un tiers.

Le cas que nous venons d'examiner, celui où le

mari cède un emploi à sa femme, un de ses biens propres ou un bien de communauté, est assez rare. Le plus souvent le emploi se réalisera par l'acquisition du bien d'un tiers. Dans ce cas, que nous allons étudier, les règles sont les même que pour le emploi au profit du mari et le emploi par l'aliénation d'un propre du mari et d'un bien de communauté : elles sont contenues dans l'article 1434 et, pour le emploi au profit de la femme, il y a de plus la nécessité de l'acceptation contenue dans l'article 1435.

Les deux déclarations sont suffisantes pour le emploi du mari, mais pas pour celui au profit de la femme.

Il faut que les deux déclarations soient précises et qu'elles expriment bien l'intention des parties. Il faut qu'elles soient faites *in continenti* : cela ressort clairement des termes de la loi (article 1434), et c'est une condition *sine qua non* du emploi. La non-observation de la loi rendrait le emploi non valable et ferait tomber les deniers provenant de l'aliénation de l'immeuble dans la communauté.

Cependant on a soutenu qu'elles pouvaient se faire *ex intervallo* et, pour cela, on a tiré argument d'un passage de Dumoulin et de l'article 1593, 2°. Dumoulin dit : « *Maritus poterit ex intervallo, bonam fidem agnoscere compensare uxorem.* » Dumoulin admet donc

1. Art. 233, *Cout. du Bourbonnais*.

que, même après l'acte, le mari pourra donner récompense. MM. Troplong et Labbé ont réfuté cet argument. Ce n'est pas une coutume que cite Dumoulin. Il fait le commentaire de la coutume du Bourbonnais qui n'admettait même pas les récompenses, il trouvait cela excessif et ce n'est pas un texte de loi qu'il nous cite, c'est une modification à la législation qu'il voudrait voir introduire, c'est un vœu qu'il exprime. Du reste, le passage suivant de Guy Coquille confirme pleinement l'opinion de M. Labbé: « Auparavant, la rédaction de ces nouvelles coutumes (Paris et Orléans), la commune opinion du palais de Paris était que la femme qui vendait son héritage simplement, ne devait pas être récompensée, s'il n'y avait réserve expresse en vendant parelle; et suivant c'est la coutume du Bourbonnais, art. 238. Mais Dumoulin, en l'annotant sur ledit article, dit que, même sans réserve et sans paction, le mari peut *ex intervallo* reconnaître la bonne foi, et faire la récompense de bonne foi. Cette opinion a mis les auteurs de la nouvelle coutume de Paris à faire ledit article. 232, comme plusieurs autres articles nouveaux de ladite coutume ont été tirés de ces opinions et, de vrai, il était auteur très suffisant. » Voici donc repoussée l'objection historique: arrivons à l'article 1595, 2°. La loi nous dit que le mari peut céder en remploi un bien personnel

1. Coutume du Nivernais, droit des gens mariés.

ou un bien de communauté : or, dit-on, en faisant cela il cède un bien acquis antérieurement à la cession. Nulle part nous ne voyons parler de la nécessité de la concomitance des deux déclarations. Mais l'article 1595 ne fait que citer un cas de remploi : il n'a pas la prétention d'en tracer les règles, pas plus que de déroger à la règle de l'article 1434. L'article 558 du Code de com., traite un cas analogue à celui dont nous nous occupons ; il exige également les deux déclarations, et s'il demande la preuve du remploi par inventaire ou un acte authentique, cela tient à la qualité de la femme du commerçant, dont le mari est en faillite, pour prendre plus de précautions vis-à-vis des tiers, mais il ne déroge, pour le reste, nullement au droit commun.

Outre ces deux déclarations, le Code exige pour le remploi au profit de la femme son acceptation. Le texte de la loi est formel : « La déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de remploi, ne suffit point, si ce remploi n'a été formellement accepté par la femme : si elle ne l'a pas accepté, elle a simplement droit, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu. » Cette disposition n'a pas besoin d'être justifiée. Le mari a, sous le régime de la communauté, des pouvoirs très considérables : il est bien juste que quand

il s'agit uniquement du patrimoine de la femme cette dernière ait au moins le droit de juger la valeur du emploi qu'on lui offre et de le refuser, s'il ne lui convient pas. Les anciens jurisconsultes étaient de cet avis. Duplessis ¹ demandait l'acceptation de la femme et Pothier disait : « Lorsque c'est pour tenir lieu de emploi des propres de la femme que le mari acquiert un héritage durant le mariage, il faut pareillement que la déclaration soit faite par le contrat d'acquisition, que l'héritage est acquis pour tenir lieu de emploi ; mais cette déclaration n'est pas seule suffisante ; pour que l'héritage tienne lieu de ce emploi et soit en conséquence propre de la communauté de la femme, par subrogation, il faut, outre cela, que la femme consente que cet héritage lui tienne lieu de emploi. » L'ancien droit était donc conçu absolument dans le même esprit que le Code civil.

Il n'est pas nécessaire que la femme accepte immédiatement l'offre en emploi que lui fait son mari. C'est un acte important qu'un emploi et on ne peut pas exiger qu'elle prenne de suite un parti : elle peut avoir besoin de se renseigner. Du reste, l'ancien droit est d'accord avec le Code civil sur ce point : « Pour qu'un héritage ou un autre immeuble, acquis par le mari avec déclaration que c'est pour tenir lieu de rem-

1. Duplessis, *Traité de la communauté de biens*, liv. II, ch. iv, tit. 1, Pothier, *De la communauté*, 1^{re} partie, ch. II, n° 193.

ploi à sa femme, soit propre de subrogation, il faut à la vérité, que cette déclaration soit portée par le contrat d'acquisition ; mais il n'est pas de même nécessaire que le consentement que la femme doit donner à ce emploi, soit donné par le contrat, ni dans le même temps ; la femme peut le donner en intervalle¹.» Le Code n'exige pas du tout que la ratification de la femme soit faite dans un temps donné, il n'y a donc aucune raison pour s'éloigner de la théorie exposée par Pothier.

Une question discutée c'est celle de savoir si l'on peut mettre la femme en demeure d'accepter un emploi. Les auteurs sont divisés sur ce point. M. Colmet de Santerre² refuse aux tiers et au mari le droit de mettre la femme en demeure. Il donne pour cela deux raisons : la première, c'est que la femme se décidera, en général, assez vite dans la crainte de la dissolution de la communauté, dissolution qui la réduirait à sa créance ; la seconde, c'est qu'en somme le mari aura la responsabilité de l'acquisition qu'il a faite. Si nous voulons chercher dans le droit coutumier quelle était la décision prise, nous trouvons dans Pothier³ un passage ainsi conçu : « D'autres auteurs pensent que tant que la femme n'a pas été mise en demeure de

1. Pothier, *Traité de la communauté*, 1^{re} partie, n° 200.

2. M. Colmet de Santerre, *Code civil*, t. VI, n° 79 bis, xvi.

3. Pothier, *Traité de la communauté*, 1^{re} partie, ch. II, n° 200.

s'expliquer, non seulement la femme, mais même ses héritiers, sont en droit de prendre l'acquisition pour leur compte. » Ainsi, pour Pothier, le mari peut mettre la femme en demeure de déclarer si elle entend accepter ou non. Ce qui nous ferait pencher pour cette opinion, c'est, outre l'autorité de la tradition coutumière, l'intérêt qu'il y a pour les tiers et pour le mari à être fixé. Tant que la femme n'a pas accepté le remploi rien n'est déterminé, la propriété du bien acquis est incertaine, on peut même supposer que le mari a fait l'acquisition, sous la condition que la femme l'accepterait ; dans ce cas, l'acquisition elle-même resterait incertaine, mais, si on admet que les tiers et le mari pourront mettre la femme en demeure de prendre un parti dans un certain délai et que faute par la femme de s'être décidée, le bien tombera dans la communauté, tous les inconvénients signalés disparaissent par là même.

Lorsqu'on a ainsi réduit le principe que l'acceptation de la femme peut se produire utilement, même après l'achat fait avec déclaration de remploi, il faut le limiter encore à un autre point de vue : l'acceptation du remploi par la femme n'est plus possible après la dissolution de communauté. Le point était discuté dans l'ancien droit. Il ne peut plus l'être sous l'empire du Code civil, devant la disposition formelle de l'article 1435, qui décide que la femme, qui n'a pas

accepté, a simplement droit, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu.

Cependant malgré les termes formels de l'article 1435, certains auteurs ¹ ont distingué selon le fait qui amène la dissolution de la communauté ; si elle est dissoute par la mort du mari, tout est fini ; la femme perd son droit d'option, si la dissolution est provoquée par une tout autre cause : séparation de corps, séparation de biens ou mort de la femme, la femme ou ses héritiers pourront encore accepter le remploi. Dans cette doctrine, on part de ce principe que les déclarations de remploi constituent seulement une offre faite par le mari à sa femme ; la distinction suit, par voie de conséquence ; mais en admettant que le principe lui-même, qui sera ultérieurement discuté, soit exact, les conséquences seraient encore réfutables. Car, si l'offre tombe, comme on l'admet, quand le mari vient à mourir, elle ne tombe pas moins quand la femme meurt aussi. Enfin une raison qui viendra donner plus de force à notre opinion, c'est que la dissolution de la communauté fixe d'une manière certaine les droits des époux jusqu'alors éventuels sur les biens communs et qu'ils n'ont plus la faculté de changer cette situation.

La femme doit donc accepter, pendant la communauté, le remploi qui lui est offert, sinon les deniers

1. Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, n° 668.

provenant de l'aliénation de ses propres tomberont dans la communauté et elle n'aurait droit qu'à une récompense.

Mais y a-t-il une forme requise pour cette acceptation ? Sous le droit coutumier la question était discutée¹ : « Si la femme avait souscrit ou avait été présentée au contrat d'acquisition de l'héritage par lequel le mari a déclaré que l'acquisition était faite pour tenir lieu à la femme de son remploi, quoiqu'il ne soit pas dit expressément par le contrat que la femme a accepté cet héritage pour lui tenir lieu de son remploi, la présence ou la souscription de la femme au contrat où cette déclaration est portée, en est une suffisante acceptation, et, par conséquent, nul doute, en ce cas, que cet héritage doit bien en tenir lieu et être un propre de communauté. » Pothier, de qui est la citation, semble donc s'en tenir à une acceptation tacite. Mais son opinion était loin d'être universellement adoptée et nous trouvons que Duplessis² exigeait une acceptation expresse : « Il faut aussi nécessairement que la femme parle au contrat. » Dans le même sens, nous avons des passages de Lebrun³ et de Bourjon. La question, discutée autrefois, ne paraît pas devoir l'être aujourd'hui et les rédacteurs du Code en

1. Pothier, *Traité de la communauté*, n° 200.

2. Duplessis, *Traité de la communauté*, l. II, ch. IV, s. II.

3. Lebrun, n° 75.

écrivait dans l'article 1435 : que le emploi doit être formellement accepté par la femme ont voulu faire cesser toute espèce de doute sur ce point. Cependant quelques auteurs ¹ croient que ces mots signifient : « une acceptation exclusive de toute espèce de doute. » et qu'une acceptation tacite certaine, qui résulterait des circonstances de fait devrait être tenue pour valable : ce qui est méconnaître le texte même de l'article 1435. Aussi n'y a-t-il pas lieu d'insister sur cette opinion.

Toutefois, si la femme et le mari étaient présents à l'acte, le emploi serait par là même, valable. La femme, prenant part à l'acte d'acquisition, on sous-entendra son acceptation, qui ne doit être exigée explicitement que quand elle est postérieure au emploi ; mais il faudra que la femme agisse dans l'acte, car, si elle se contentait de signer l'acte d'acquisition, elle se constituerait simplement acquéreur avec son mari, sa signature ne peut avoir une portée plus étendue. Un puissant argument d'analogie se déduit de l'article 1544 sur la constitution de la dot : « Si une dot est constituée par le père seul, la mère, quoique présente au contrat, n'est pas engagée. » On prend ainsi toutes les précautions dans l'intérêt de la femme ; on ne veut pas que sa simple présence à un acte où elle n'a aucune part puisse engager sa responsabilité, on

1. Aubry et Rau, t. IV, § 505, note 66.

exige qu'elle agisse. Le cas prévu par l'article 1544 se rapproche assez de celui que nous étudions pour qu'on puisse en tirer un argument.

Mais, si nous voulons en principe une déclaration formelle, nous n'irons pas jusqu'à exiger qu'elle soit faite en termes solennels : car les actes pour lesquels notre législation exige des termes solennels sont rares et limitativement déterminés. Nous ne demandons pas, à plus forte raison, que l'acte d'acceptation soit authentique. Il est vrai que l'acte sous-seing privé n'offre pas toutes garanties ; cet acte, en effet, emporte quittance pour la communauté, il se trouvera donc entre les mains du mari ; or, si nous supposons que le bien acquis en remploi a augmenté de valeur, le mari, pour profiter de la plus-value, n'aura qu'à supprimer l'acte sous seing privé qu'il a entre les mains et comme cet acte constatait par hypothèse, l'acceptation de la femme, celle-ci n'aura plus de titre pour intenter contre le mari la revendication de son nouveau propre.

Il est vrai que cet inconvénient existe, mais d'abord, il n'a pas un caractère de généralité, et, en outre, on ne peut pas, en l'absence des dispositions spéciales, assujettir l'acceptation de la femme à l'authenticité, car ce serait la déclarer nulle pour les cas où elle est consignée par acte sous seing privé ; or, on ne peut, dans le silence de la loi, suppléer les nullités.

Abordons maintenant la question de savoir si la femme a besoin, pour accepter un emploi, d'être autorisée de son mari, conformément à l'article 217 : « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari, dans l'acte ou son consentement par écrit. » Lorsque la femme accepte l'offre en emploi que lui fait son mari *in continenti*, c'est-à-dire que les formalités requises par les articles 1434 et 1435 se font à la suite, la question n'est pas discutée : on est d'accord pour ne pas exiger l'autorisation du mari qui résulte alors de son concours dans l'acte.

Si, au contraire, la femme n'accepte pas immédiatement l'offre qui lui est faite, il y a deux systèmes. Le premier système consiste à dire que nous sortons du droit commun : le mari, en offrant à sa femme un bien en emploi a, par cela même, donné son autorisation et la femme peut très-bien, à elle seule, parfaire cette offre de emploi. De plus, nous ne sommes pas ici dans le cas prévu par l'article 217 : cet article parle de donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, c'est-à-dire qu'il prévoit des actes de disposition, tandis que la femme ne fera ici qu'un acte d'administration. Enfin, dit-on, l'offre que fait le mari, est censée répétée perpétuellement tant qu'elle n'est pas révoquée. Ce système nous semble inadmissible. L'article 217 a été

fait pour protéger la femme, il n'y a aucune raison pour déroger au droit commun, dans un acte aussi important que le remploi.

Les termes de l'article 217 sont formels, il faut le concours du mari dans l'acte ou son autorisation écrite; nous ne trouvons nulle part une dérogation à ce texte, en faveur du remploi, il faut donc en exiger l'application.

Nous venons de voir les règles tracées pour le remploi au profit de la femme; pour le prouver, il suffira de prouver que ces conditions ont été exécutées et nous rentrerons alors dans la théorie des preuves des obligations, conformément aux articles 1315 et suivants du Code civil.

SECTION V.

Nature de l'acte fait par le mari en faisant une acquisition, en déclarant que c'est pour tenir lieu de remploi à la femme

L'immeuble acquis en remploi est subrogé à l'immeuble aliéné. Si la femme accepte, dans le contrat d'acquisition, l'offre de remploi qui lui est faite, il n'y a pas de difficulté, la subrogation d'un propre à l'autre est instantanée. Mais il n'en est plus de même quand la femme accepte le remploi par un acte postérieur. Le mari, chef de la communauté, a touché une somme

provenant de l'aliénation d'un propre de sa femme. Il achète un immeuble et déclare en l'achetant que l'acquisition est par lui faite des deniers provenant de l'immeuble vendu par sa femme et pour servir de rempli à celle-ci. Quel est le caractère de l'opération faite? La femme tient-elle directement du vendeur primitif le bien acquis, l'acquiert-elle seulement des mains du mari lui faisant une offre? Telle est la question que nous allons étudier et sur laquelle il y a plusieurs systèmes.

Un premier système consiste à dire que le mari qui acquiert un immeuble, suivant les conditions de l'article 1434, l'acquiert pour la communauté. Seulement le mari offre ensuite à sa femme créancière de lui céder en paiement l'immeuble nouvellement acquis. C'est une offre de *datio in solutum*. Tant que la femme n'a pas accepté, le mari est libre de retirer son offre et, si elle l'accepte, il y a une revente à son profit. L'immeuble qui était dans le patrimoine de la communauté passe dans celui de la femme; la communauté se libère vis-à-vis de la femme qui n'a plus droit à aucune récompense.

Ce système s'appuie sur l'article 1401 qui fait tomber dans la communauté tous les immeubles acquis pendant le mariage et sur les termes de l'article 1434. L'acquisition faite dans les termes de l'article 1434 est parfaite pour le vendeur et les déclai-

rations prescrites ne l'intéressent pas: ces déclarations toutes relatives aux rapports du mari avec la femme ne sont que l'offre d'une revente ou d'une *datio in solutum* qu'é l'un adresse à l'autre. « C'est seulement, dit l'un des promoteurs de cette doctrine¹, par l'acceptation de la femme que l'immeuble acquis pour lui servir de remploi, lui devient propre. Par conséquent, toute aliénation ou concession de droit réel que le mari ferait à des tiers avant cette acceptation, serait parfaitement valable comme portant sur un conquêt de communauté. En cas d'aliénation, l'offre que le mari avait faite à sa femme par sa déclaration se trouve retirée, et la femme ne peut plus accepter; que, si le mari a seulement concédé des servitudes ou des hypothèques, la femme est libre, ou de ne pas prendre l'immeuble, ou de l'accepter dans l'état où il est, en respectant les servitudes et en subissant l'effet des hypothèques. Dans aucun cas, la femme ne peut prétendre attribuer un effet rétroactif à son acceptation et encore une fois, toute concession faite par le mari, dans l'intervalle de son acquisition ou de sa déclaration à l'acceptation de la femme, demeure valable après et nonobstant cette acceptation. »

Cette citation nous montre bien le prétendu caractère de l'acte fait par le mari, les conséquences du système peuvent se résumer ainsi :

1. Marcadé, t. V, art. 1433, *in fine*.

1° le mari peut révoquer ou modifier son offre tant que la femme n'a pas accepté le emploi. Jusque-là la femme n'a rien acquis et l'immeuble reste conquêt; si la femme l'acquiert ensuite c'est en sous-ordre et par l'effet d'un contrat nouveau passé entre elle et son mari.

2° De cette première déduction sort cette autre conséquence : le mari pourra grever l'immeuble d'hypothèques ou de servitudes, par là, il ne fait que modifier et amoindrir son offre, la femme qui accepte l'offre en cet état devra subir les charges acquises du chef de son mari à qui elle succèdera.

3° Deux actes devront être transcrits, l'acte d'acquisition et celui d'acceptation, car il y a eu deux achats successifs, l'un par la communauté, l'autre par la femme.

4° L'Etat, par l'organe de l'administration des domaines et du timbre, réclamera un double droit proportionnel, pour le même motif.

Ce système fait remarquer que si l'opération du emploi doit s'analyser en un contrat de vente intervenant entre les deux époux, c'est que l'hypothèse est la même que celle qui est prévue dans l'article 1595 2°. Ce texte nous présente le cas où un mari vend à sa femme un de ses propres pour libérer la communauté et il dit que cette opération est licite; si cet acte est une vente, ou plus exactement une dation en paiement

licite, le mari ne fera pas autre chose qu'une vente, une dation en paiement quand au lieu de céder un bien de communauté à sa femme, il lui cédera un bien propre pour se libérer. C'est faire une confusion sur le sens des articles 1595 et 1435. Ces deux textes ne visent pas la même hypothèse. Dans le cas de l'article 1595, nous avons un contrat entre époux qui est parfait au moment même où il se produit, puisque les deux époux y sont l'un et l'autre parties; dans l'hypothèse de l'article 1435, au contraire, l'acquisition est faite par le mari seul au nom de sa femme et elle ne produira ses effets à l'égard de cette dernière que si elle veut bien l'accepter : ce qui est tout différent. On ne peut donc dire que l'acte dont il est question dans l'article 1595 est le même qui soit prévu au texte de l'article 1435. — Il est à remarquer en outre que ce système est contraire aux traditions historiques comme on peut s'en convaincre en consultant Pothier¹, qui admet la rétroactivité de l'acceptation de la femme.

Un deuxième système défendu par MM. Aubry et Rau,² et Mourlon³ consiste à dire que l'offre de remploi est une proposition faite par le mari à la femme de la substituer au bénéfice de son acquisition. Tant que la femme n'a pas accepté, le mari, comme toute

1. Pothier, *Traité de la communauté*, n° 200.

2. Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, p. 306.

3. Mourlon, *Traité de la transcription*, t. I, p. 153.

personne qui fait une offre, peut retirer la sienne. Mais lorsque l'acceptation de la femme vient à se produire, elle rétroagit au jour du contrat primitif, par l'effet de la subrogation qui s'opère alors, sous certaines réserves que nous indiquerons ultérieurement. Cette convention passée entre le mari et la femme peut être comparée au contrat de command, dont elle diffère cependant par un point important, c'est que dans le remploi la personne qui doit prendre l'opération à son compte, la femme, est désignée d'avance. Au contraire, le contrat de command suppose le droit laissé à l'acquéreur de désigner, dans un certain délai, une personne inconnue du vendeur et tout à fait incertaine qui prendra la vente pour elle.

Quoi qu'il en soit, dans ce système, le mari est, en quelque sorte, pris sous un double aspect et joue deux personnages ; il s'agit comme chef de la communauté pour la libérer de la récompense dont elle est débitrice, il agit aussi pour sa femme, à qui il offre de la subroger à son acquisition.

Le mari agit pour le compte de la femme. Il n'a pas dit : j'achète ; il a dit, j'achète pour le compte de ma femme et pour lui tenir lieu de remploi. Comment donc pourrait-il lui offrir une chose qu'il n'a pas ? Le mari a un double rôle : chef de la communauté, il la libère ; comme mari, il fait une acquisition. MM. Aubry et Rau objectent que si l'on voit dans cette opération

une gestion d'affaires, la loi ne se serait pas servi du mot accepter, mais ratifier. L'observation a sa valeur, mais quand il s'agit d'une *datio in solutum*, on dira plutôt qu'on l'accepte qu'on la ratifie. Du reste, les termes accepter, ratifier, approuver, sont indifféremment employés dans l'ancien droit.

Un troisième système, soutenu par MM. Labbé et Colmet de Santerre et auquel nous nous rallierons, considère le emploi comme une gestion d'affaires. Quel est, en effet, le caractère de la gestion d'affaires : Primus déclare acheter pour Secundus, qui est absent, un bien ; quand Secundus revient, il ratifie l'opération faite par Primus et se substitue à sa place. Tel est ici notre cas. Le mari est maître absolu des biens de la communauté, il n'a donc besoin d'aucune ratification, ni autorisation pour ces actes. Mais il déclare qu'il achète avec les deniers provenus de l'aliénation d'un propre, il fait l'affaire d'autrui, il gère les affaires de sa femme. Seulement il achète pour le compte de la communauté, si la femme n'accepte pas et ainsi il est constitué acheteur, sous une alternative, le vendeur est sûr d'avoir un acquéreur et la vente est définitive à son égard.

Voyons maintenant les arguments qui militent en faveur de notre système. Tout d'abord, c'était la théorie suivie dans l'ancien droit. Pothier¹ dit : « En

1. Pothier, *Traité de la communauté*, 1^{re} partie, n° 200.

attendant le consentement de la femme, la déclaration faite par le mari dans le contrat d'acquisition, que l'héritage est acquis pour tenir lieu de emploi des propres de la femme, tient en suspens la qualité de l'héritage. Si la femme ratifie ou consent cette déclaration, la ratification ayant un effet rétroactif, suivant la règle du Droit : *ratihabitatio mandato comparatur*, l'héritage sera censé avoir été, dès l'instant de son acquisition, acquis pour tenir lieu de emploi à la femme et avoir toujours été, en conséquence, propre de communauté de la femme par subrogation. » L'opération qui consiste à donner à un acte d'acquisition fait par un tiers un effet rétroactif est bien une gestion d'affaires et les rédacteurs du Code semblent bien l'avoir admis dans l'article 1435.

M. Mourlon tire une autre objection des solutions données en matière de risques. Pendant la délibération de la femme, aux risques de qui est le bien ? Ce ne peut être aux risques du vendeur, ce serait contraire aux principes. Ce ne peut pas être aux risques de la femme, puisqu'elle n'a pas encore accepté l'offre de emploi, il faut donc que ce soit aux risques du mari. Donc, « si la chose achetée est aux risques du mari, c'est qu'évidemment elle lui appartient », *res perit domino*. Il est bien dur de laisser pendant quelque temps la chose au mari en lui faisant courir de tels risques. Cependant malgré sa rigueur, c'est abso-

lument le cas de toute gestion d'affaires et il n'y a aucune raison pour y déroger, dans le cas spécial qui nous occupe. Il faut, d'ailleurs, remarquer que cette rigueur est tempérée par la faculté qu'a le mari de mettre en demeure la femme d'accepter le remploi, sinon il aurait la faculté de disposer de la chose.

Enfin, une dernière raison est tirée des travaux préparatoires du Code. M. Jollivet demandait que la femme pût accepter après la dissolution de la communauté. M. Treilhard demandait que l'on restreignit cet amendement au cas où la femme avait ignoré le remploi, car il est conquêt de communauté tant que la femme ne lui a pas donné la qualité de propre par son acceptation. Cependant malgré toutes les raisons données, soit dans l'intérêt des tiers, soit dans celui de la femme, l'article ne fut pas modifié. Or, le Code adopte les opinions de Duplessis et de Pothier, qui ne voyaient dans l'acte du mari qu'une gestion d'affaires et le rejet de tous les amendements proposés le montre bien. « Si le contrat, dit M. Berlier, ne s'est pas formé avec elle dès l'origine, il doit lui rester pour toujours étranger », et il ajoute : « Si la femme ne peut se prévaloir de la déclaration de son mari, que, sauf le droit d'autrui, le remploi ne lui offre pas plus d'avantage que l'action ordinaire pour ses reprises, qu'elle peut exercer sur cet immeuble, comme sur tous autres. » Et

c'est l'opinion de M. Berlier qui fut adoptée par la section de législation.

Après avoir exposé les systèmes et pris parti, on va comprendre facilement quels intérêts pratiques s'attachent à la décision du prix.

1° Si l'on admet que le mari fait à sa femme une offre, soit de paiement, soit de substitution, on aboutit à ce résultat déjà indiqué en ce qui concerne la dation en paiement, que le mari peut révoquer sa proposition. Cette révocation peut être complète, elle sera quelquefois partielle. Il arrivera notamment que le mari aura constitué sur le bien des droits réels au profit des tiers, ces droits subsisteront en dépit de l'acceptation faite par la femme. Pratiquement, cet effet se traduira ainsi : lorsque les tiers voudront exercer leurs droits, la femme, qui se trouvera subir une éviction partielle, se retournera contre le mari pour lui demander une indemnité, puisqu'elle se trouvera n'être pas complètement remplie de sa créance contre la communauté ; or, comment le remploi qui a pour but de faciliter l'extinction des dettes de la communauté envers l'époux, peut-il devenir l'occasion de nouvelles créances ? S'il devait aboutir à de tels résultats, ce serait une institution assez inutile, puisque, tout en éteignant certaines dettes, elle en ferait naître d'autres.

Cet inconvénient ne se présente pas seulement dans le système qui voit dans le remploi une offre de dation

en paiement suivie d'acceptation, mais encore dans la doctrine de l'offre de substitution. En effet, le mari qui offre à la femme de la subroger au bénéfice de son acquisition, révoque partiellement cette offre, l'amoindrit, lorsqu'il consent des droits réels sur le bien qui en est l'objet; la femme qui accepte la proposition ainsi diminuée consent donc, par ce fait, aux démembrements que le mari a infligés aux biens acquis en remploi. Il est vrai que, dans ce système, l'inconvénient signalé a un moins grand caractère de généralité, car si la femme qui accepte est tenue de respecter les droits réels constitués de par la volonté et avec le consentement du mari, qui a ainsi partiellement révoqué son offre, il ne peut être question de contraindre la femme à respecter les droits réels, qui sont venus démembrer dans ses mains la propriété de la chose, sans qu'elle les ait volontairement constitués, par exemple l'hypothèque judiciaire. Car alors on peut dire que le mari a partiellement révoqué l'offre.

Un autre inconvénient qui ne se rencontre que dans le système de la dation en paiement existe, nous l'avons vu, dans le double droit de mutation correspondant en double transfert de la propriété des biens acquis en remploi, et dans la double transcription rendue nécessaire. Le système de la gestion d'affaires a pour résultat de soustraire le remploi à ces inconvénients pratiques. Le mari a fait deux achats unis

par une alternative, le premier achat est un acte de gestion sur lequel il ne peut revenir, pas de révocation, même partielle, possible, les droits réels seraient indûment constitués sur les biens. D'un autre côté, par l'effet de la ratification, la femme est censée avoir été propriétaire du jour où le mari, son gérant, a acheté ; il n'y a eu qu'un transfert de propriété ; on n'exigera qu'une seule transcription, un seul paiement du droit de mutation.

Quelques mots avant de finir, sur le remploi partiel. La femme peut-elle accepter partiellement un remploi qui lui est offert ? Dans le cas où le mari lui aura offert, en plusieurs fois, différentes choses, et que la femme aura fait attendre sa décision, il semble hors de doute que la femme puisse accepter une offre de remploi. Par exemple, on lui offre un jour une valeur de 20.000 francs, un autre jour une de 10.000, elle peut accepter parfaitement chacune de ces offres. Mais si, au lieu de cela, nous supposons qu'on lui offre en remploi des valeurs pour 20.000 francs, elle ne peut pas accepter un remploi de 15.000 francs et en laisser 5.000 dans la communauté. Bien entendu, elle le pourrait, par suite d'un accord intervenu avec le mari et sous la condition qu'il n'y ait pas de droits consentis aux tiers ou bien, dans ce dernier cas, il faudrait que les tiers consentissent au remploi.

Quant au remploi accepté sous condition, la femme

peut valablement l'accepter, si son mari n'a pas usé de la faculté de la mettre en demeure.

Maintenant, une autre question : le mari peut-il dire : j'achète pour tenir lieu de remploi à un propre ? de ma femme et, dans le cas où elle n'accepterait pas, pour me tenir lieu de remploi d'un de mes propres. L'objection contre cette doctrine, c'est qu'il n'y a qu'une somme sortie de la communauté et qu'elle ne peut pas représenter à la fois un propre de la femme et un propre du mari. On répond à cela que du moment que la somme est disponible dans la communauté, comme la loi n'a pas exigé l'identité des deniers, si les parties le veulent bien, elles peuvent imputer, comme elles l'entendent, la valeur entrée dans la communauté et, par conséquent, nous admettrons le remploi des propres du mari fait dans cette condition, lorsqu'il aura, d'ailleurs, rempli les formalités exigées par l'article 1434.

CHAPITRE II

DU REMPLOI CONVENTIONNEL SOUS LE RÉGIME DE COMMUNAUTÉ.

Avant d'entrer dans l'étude du remploi conventionnel, il importe de jeter un coup d'œil sur l'origine de la clause de remploi. Sous la jurisprudence des coutumes tout propre immobilier aliéné l'était au détriment de l'époux à qui il appartenait, et son prix tombait dans la communauté. A cette époque, il n'y avait même pas de récompense pour l'époux ; aussi la pratique tempérait les rigueurs de la loi par les clauses du remploi, faites surtout dans le but de protéger la femme. Au XVI^e siècle, les coutumes établirent la théorie des récompenses et les clauses de remploi perdirent de leur importance. Cependant elles subsistèrent toujours : elles obligeaient le mari à transformer en un droit actuel de propriété, la créance qui résul-

taut pour la femme, dont le propre avait été aliéné, du versement du prix d'aliénation dans la caisse de la communauté. Cette utilité existe encore de nos jours : pour être obligatoire, il faut, en effet, que le remploi ait été stipulé dans une convention spéciale. Le plus souvent, cette stipulation aura lieu dans l'intérêt de la femme. A peine est-il utile de dire qu'elle est licite : il est loisible aux époux de faire, dans leur contrat de mariage, telles conventions qu'ils jugent à propos, pourvu qu'ils observent les prohibitions que la loi a insérées dans l'article 1388. « La prohibition, dit M. Laurent, il n'y en pas, la loi ne s'occupe pas du remploi obligatoire ; par cela seul qu'elle ne le défend pas, elle l'autorise, puisqu'il n'a rien de commun avec l'ordre public et les bonnes mœurs. » C'est aux tribunaux qu'il appartient d'interpréter les clauses de remploi et d'en déterminer la valeur. Bien que limitant le droit qu'a la femme d'aliéner ses valeurs immobilières, dans l'intérêt de son mari et du patrimoine commun, elle ne touche en rien aux pouvoirs d'administration qui sont confiés au mari sur les biens propres de sa femme. Le remploi conventionnel diffère du remploi facultatif par la force obligatoire qui lui est attribuée.

SECTION PREMIÈRE

Des personnes en faveur de qui peut être stipulée la clause du remploi et sur quels biens elle peut porter.

Peuvent stipuler une clause de remploi, dans le contrat de mariage, les deux époux ou l'ascendant du consentement duquel ils ont besoin pour faire leurs conventions matrimoniales. Les autres ascendants ne pourraient faire une semblable clause, quand l'époux qu'ils ont sous leur puissance est majeur, à moins qu'ils ne fassent une libéralité. Les tiers donateurs peuvent également stipuler une clause de remploi sans distinguer si le donataire est majeur ou mineur.

Mais si l'on peut insérer une clause de remploi dans le contrat de mariage, est-il permis de rendre le remploi obligatoire, par un acte intervenu après le mariage?

Écartons une hypothèse qui n'est pas douteuse. Un tiers peut faire aux époux une libéralité, sous les conditions qu'il veut, excepté celles interdites par la loi ; or, nulle part, la clause de remploi n'est soumise à une prohibition. Quant à laisser cette faculté aux époux ou aux ascendants, on objecte l'article 1395 : « Elles (les conventions matrimoniales) ne peuvent re-

cevoir aucun changement, après la célébration du mariage. » L'insertion d'une clause de remploi entraîne un changement dans les conventions matrimoniales, elle ne serait donc pas valable. Cependant il y a, croyons-nous, lieu de distinguer : la femme pourra, selon nous, stipuler même après la célébration du mariage, le remploi de ses propres. En effet, la femme qui subordonne à certaines conditions le consentement qu'elle donne à son mari d'aliéner ses propres, use de son droit, elle pourrait refuser le consentement, elle peut le limiter ; ce qui lui est permis, dans chaque cas particulier, ne peut pas raisonnablement lui être refusé en général, la clause de remploi des propres de la femme pourra donc intervenir après la célébration du mariage, entre celle-ci et son mari. Mais il n'en sera pas de même à l'égard des ascendants, ou des tiers donateurs, ceux-ci violeraient ouvertement l'article 1395 s'ils pouvaient, au cours du mariage, imposer le remploi des biens déjà donnés. La femme peut-elle renoncer au remploi stipulé en sa faveur ? Sur ce point la jurisprudence n'a pas toujours été unanime. Un arrêt de la cour de Lyon ¹ (11 juillet 1857) l'admettait. Un arrêt de la cour de Limoges ² (11 décembre 1863) rendu dans le même sens, fut cassé par la Cour de cassation (19 juillet 1865) qui dé-

1. Sirey, 1858.

2. Sirey, 1865.

cida « que les déclarations de la femme qui entend renoncer au remploi, ayant pour effet de modifier la stipulation de son contrat de mariage, ne peut avoir d'effet pendant que le mariage dure encore. » Cette opinion nous paraît la vraie : il ne faut pas que les époux puissent, de leur plein gré, changer les termes de leur contrat de mariage, la loi a voulu protéger les époux l'un contre l'autre et elle a tenu compte de la volonté des donateurs qui n'ont peut-être fait une donation que par égard pour la clause insérée dans le contrat. Ce que nous disons ne s'applique qu'aux libéralités faites par contrat de mariage ; s'il s'agissait de libéralités faites pendant le cours du mariage, il faudrait appliquer le droit commun ; la personne en la faveur de qui est stipulée une clause, pourrait y renoncer, sauf que le donateur pourrait faire annuler la donation pour inexécution des conditions.

L'interprétation des clauses de remploi est une question de fait qui est laissée à l'appréciation des tribunaux. Le remploi des propres de la femme devra être exécuté, mais si l'on avait décidé au contrat que le mari sera tenu à remployer ses propres biens de telle ou telle manière, cette disposition devrait être tenue pour non avenue, car elle est contraire à l'article 1388 ; « Les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants ». Puisque le mari ne peut

renoncer aux droits qu'il a sur les biens de la communauté, à plus forte raison il ne le pourra à ceux qu'il a sur ses propres. « Il faudrait, dit M. Marcadé ¹, déclarer nulle toute convention par laquelle l'époux porterait atteinte à son droit de disposition ou d'administration de ses biens propres. Stipuler qu'un mari s'interdit d'administrer tout ou partie de ses biens, ou qu'il renonce à les aliéner, sans la permission de sa femme, ce serait renverser complètement l'ordre et insulter à la dignité maritale. »

Le prix du remploi devra comprendre tous les frais accessoires ; frais de mutation, épingles, arrhes, etc. On pourrait avoir des doutes pour les fruits pendant par branches et racines, si l'on vend le champ. La récolte, dans ces conditions, suivra l'immeuble dont elle est l'accessoire, car on ne fait les fruits siens que par la perception.

La clause de remploi est souvent une simple faculté pour les époux. Mais quand elle est stipulée dans l'intérêt de la femme, elle a généralement une autorité plus grande et a pour but d'obliger le mari à effectuer le remploi : Dans ce cas, l'exécution de la clause doit être assurée, car on ne conçoit pas très bien un droit sans action et c'est dans ce sens que conclut M. Benech ². Cette action ne tend pas à faire exécuter

1. Marcadé, n° 2, 1^{er} alinéa, p. 398.

2. Benech, n° 85, p. 191.

le remploi, car, dans le droit civil, on ne peut forcer à exécuter un fait, mais à faire consigner le prix du remploi aux termes de l'article 1144, ou si le prix n'a pas été payé, la femme pourra être autorisée à exécuter elle-même le remploi. Du reste, on pourrait, dans le contrat de mariage, insérer une clause pénale en faveur de la femme, et si le mari n'exécutait pas le remploi, il y aurait lieu à l'exécution de la clause pénale. Cette opinion n'est cependant pas admise universellement et il existe un système refusant toute action à la femme, comme contraire à la bonne harmonie du ménage; on se réclame de l'ancien droit¹. On dit, d'ailleurs, que la femme est assez garantie contre l'inexécution du remploi par toutes les sûretés dont est entourée sa créance et que si elle a des craintes, elle n'a qu'à ne pas permettre l'aliénation de ses propres. Nous ne voyons pas trop pourquoi la loi qui autorise la femme à demander la séparation de biens, lui défendrait d'intenter une action contre son mari à l'effet d'obtenir l'exécution du remploi et c'est ce qui nous fait conclure en faveur de l'opinion de M. Benech.

Du reste, que l'on donne ou non une action à la femme, la non-exécution du remploi est insuffisante pour motiver une demande en séparation de biens. L'article 1443 dit: « La séparation de biens ne peut

1. Troplong, *Code de mariage*, t. II, n° 1073.

être poursuivie qu'en justice par la femme dont la dot est mise en péril et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme. » On doit, vu la gravité de la demande en séparation de biens, entendre la loi *stricto sensu* et ne pas l'étendre par analogie. Si donc la clause de remploi non exécutée met la dot de la femme en péril, nous rentrons dans le droit commun et la demande en séparation sera fondée sur le péril de la dot, mais non sur l'inexécution du remploi.

Si on admet comme obligatoire la clause de remploi, quel est le délai dans lequel le remploi devra être exécuté? L'ancien droit n'en imposait aucun et tant que la communauté durait, il n'y avait aucun moyen de coercition contre le mari. Aussi, on avait pris l'habitude d'insérer dans le contrat de mariage des clauses destinées à donner plus d'efficacité à l'obligation du remploi.

Nous en trouvons des exemples dans Lebrun et dans Brodeau. « S'il est aliéné, dit Lebrun¹, des propres de la femme, le premier conquêt sera réputé remploi nécessaire »; et Brodeau: « Si, au jour de la dissolution de la communauté, le remploi n'est pas effectué, la récompense à laquelle elle a droit de ce chef, se pré-

1. Lebrun, *Traité de la communauté de biens*, p. 370,

2. Troplong, *Contrat de mariage*, t. II, n° 1073.

lèvera, non pas avant le partage sur les biens communs, mais postérieurement à celui-ci, tant sur les propres du mari que sur les biens communs tombés dans sa part. » On avait fini par repousser cette clause comme donnant à la femme une fois et demie son propre et permettant au mari de l'avantager. Nous ne voyons pas très bien pourquoi, car nulle part il n'est défendu d'insérer une clause pénale contre le mari, d'autre part, si le mari veut avantager sa femme en n'exécutant pas le remploi, il ne se met pas en hostilité avec la loi, puisque les donations entre époux sont permises.

Quoi qu'il en soit, nous croyons que la théorie du droit coutumier est celle qui a passé dans notre droit. Le remploi pourra être effectué à une époque quelconque, pendant la durée de la communauté. S'il y a un terme fixé pour exécuter le remploi, cette clause ne sera pas non plus strictement obligatoire. En effet, on ne peut pas forcer le mari à exécuter le remploi, s'il n'a pas trouvé une acquisition avantageuse, ce serait l'obliger à faire un acte de mauvaise administration. Cependant si le mari avait, dans le délai fixé, trouvé un remploi avantageux, et qu'il ne l'eut pas fait, il aurait alors été coupable de négligence et, par suite, responsable.

Ce qu'il y aurait de plus simple pour la femme et ce qui pourrait éviter bien des procès, ce serait de sti-

puler une clause pénale dans le cas où le mari n'aurait pas fait le remploi dans le temps fixé : les tribunaux devraient apprécier s'il y a eu négligence de sa part ou s'il n'a pas pu faire un emploi utile et dans le premier cas, il serait condamné à exécuter la clause pénale.

SECTION II

En quels biens peut être fait le remploi.

En cette matière, la volonté des parties fait loi et, si elles ont manifesté clairement leur intention, il faut s'en tenir là. Le but des parties en stipulant un remploi est qu'il soit utile; elles ont voulu maintenir leur patrimoine propre dans le même état : c'est là ce qu'il ne faudra pas perdre de vue. Le remploi peut être fait en immeubles, mais il ne peut pas être fait en une sorte quelconque d'immeubles, et il faut écarter sans hésitation ceux destinés à périr dans un temps plus ou moins lointain, comme un usufruit ; il faut en dire autant des actions en revendication ; en un mot, il faut que la propriété acquise soit absolument stable, acquise sans condition et grevée d'aucun privilège ou hypothèque pouvant en faire perdre la propriété. Il ne faut pas cependant être trop rigoureux et demander que l'immeuble acquis soit de la même espèce que l'immeu-

ble aliéné : il est évident qu'un immeuble urbain, bien que soumis à plus de dépréciation qu'un immeuble rural pourra être acquis en remploi. Outre les immeubles par nature, les immeubles par détermination de la loi, que nous avons énumérés dans le remploi facultatif, p. 81, pourront servir de remploi. Ils pourront servir de remploi, si le remploi est stipulé devant être fait en immeubles (cour de Caen, 1848.) La clause emportant l'obligation de faire le remploi en immeubles est générale, et n'est exclusive d'aucune espèce d'immeubles, d'autant plus que ces valeurs auront une solidité aussi grande et rapporteront presque toujours un intérêt plus considérable que les immeubles par nature. Du reste, à considérer la volonté des parties, nous sommes aussi amenés à cette conclusion ; car, ce qu'on a surtout voulu, c'est que la somme tombant dans la communauté du chef de la femme fut remplacée d'une manière solide et c'est bien ce qui arrive avec les immeubles par détermination de la loi.

Si les parties n'ont pas spécifié en quelle nature de biens le remploi pouvait avoir lieu, faut-il suivre les règles tracées à propos du remploi facultatif et laisser la pleine liberté aux époux de le faire soit en meubles, soit en immeubles ? Cela semblerait probable à s'en tenir à l'absence de distinction : mais ici il faut respecter la volonté des parties. Les époux n'ont plus, comme dans le remploi facultatif, la même liberté : ils

sont obligés de faire le remploi, bien que la nature du bien destiné au remploi ne soit pas indiquée. La personne, époux, ascendant ou donateur, qui a fait insérer la clause de remploi a pour but de maintenir dans son intégrité le patrimoine et de faire autant que possible que le patrimoine restât composé de la même manière. Il y a donc à présumer, (et c'est dans ce sens que nous concluerons,) que les choses acquises en remploi doivent être de la même nature que celles aliénées. Il y aura probablement plus de difficultés pour exécuter le remploi, mais, nous le répétons, c'est la conséquence de la volonté des parties.

SECTION III

Du remploi des propres de la femme.

Qu'il s'agisse du remploi facultatif ou du remploi conventionnel, les formalités prescrites par les articles 1434 et 1435 sont toujours les mêmes. Ces articles sont une dérogation au droit commun, d'après lequel le prix des immeubles alienés tombe dans la communauté. Les déclarations contenues dans les articles 1434 et 1435 permettront de reconnaître l'immeuble aliéné et celui acquis en remploi. Du reste, dans les deux cas où le remploi a lieu, il a toujours le même but, conserver le patrimoine des époux : il a

plus ou moins de force, suivant qu'il est conventionnel ou légal, mais cela n'en change pas les conditions. Par conséquent, il faudra que le mari déclare que l'acquisition qu'il fait est faite avec les deniers provenus de tel bien aliéné et pour lui tenir lieu de remploi, et, si le remploi est fait, au profit de la femme, qu'elle accepte l'offre qui lui est faite. Le remploi conventionnel, au profit du mari, n'a que peu d'importance, comme nous l'avons vu plus haut, limité qu'il est par l'article 1388, nous n'en dirons donc rien et nous étudierons le remploi au profit de la femme.

Il n'y a pas le moindre doute : au cas où une clause de remploi a été insérée dans le contrat de mariage et lorsqu'un propre de la femme est aliéné, le mari qui acquiert un nouveau bien devra faire les mentions exigées par l'article 1435, autrement l'immeuble serait conquêt, car rien n'est venu indiquer quelle était l'intention du mari. Une difficulté cependant peut se présenter : s'il y a dans le contrat une clause portant que le premier immeuble, acquis après l'aliénation du propre de la femme, sera considéré comme un remploi et que le mari, sans faire aucune des déclarations des articles 1434 et 1435, acquière un immeuble postérieurement à l'aliénation du propre de la femme. Il aliène ensuite l'immeuble ainsi acquis : on demande si la femme sera admise à revendiquer contre le tiers acquéreur, nous ne le pensons

pas : selon nous, la femme n'aura pas d'action en revendication : le tiers a été bonne foi, il a acheté au mari un immeuble qu'il croyait à lui, et on ne pourra même pas opposer à ce tiers le contrat de mariage, car rien ne prouvait à l'acquéreur que cet immeuble était le premier acquis, depuis l'aliénation du propre de la femme.

Mais il n'en sera pas de même vis-à-vis du mari : la femme ne sera pas désarmée contre lui, s'il n'a pas fait les déclarations prescrites par la loi et comme il est en faute de ce fait, il ne pourra opposer à la femme qui agirait en revendication contre lui, l'omission des déclarations, car nul ne peut se prévaloir de sa faute.

Quelques personnes ont soutenu que le consentement de la femme au emploi, exigé par l'article 1435, n'était pas requis pour le emploi conventionnel, et n'existait que pour le emploi facultatif. En effet, dit-on, le mari, dans le emploi facultatif, est absolument libre de faire ce qu'il veut, il achète un bien avec les deniers provenant de l'aliénation d'un propre de la femme et lui offre un emploi : elle n'est pas plus tenue d'accepter le emploi que son mari de lui offrir. Tandis que dans le emploi conventionnel, le mari tire de la clause de emploi un pouvoir qui ressemble à un mandat pour acquérir pour elle ; il n'a plus la faculté d'acquérir, il y est contraint, et, par suite, la femme est

obligée d'accepter l'offre de emploi. Nous ne croyons pas cette argumentation fondée et nous maintenons les conditions exigées par l'article 1435 : Le mari pourrait offrir en emploi à la femme un emploi non utile et l'acceptation de la femme a pour but de la laisser juge de son utilité. C'est dans ce sens qu'a conclu M. Marcadé¹ : « Dire que ce mari au lieu d'avoir, à cet égard, une simple faculté, sera dans la nécessité d'acquérir un immeuble pour être propre à la femme, n'est en aucune façon dire que cette femme se dépouille du droit d'examiner, si l'immeuble que le mari lui destine lui convient ou non..... C'est donc dénaturer la clause de emploi que d'y voir une renonciation de la femme à son droit d'appréciation. C'est transformer en un droit, confié au mari au détriment de la femme, une charge imposée au premier, pour l'avantage de la seconde. »

Cependant cet argument n'a pas convaincu tous les auteurs, M. Troplong² en particulier : il est vrai qu'il se place dans le cas le plus favorable à l'idée de mandat : il suppose insérée dans le contrat de mariage la clause suivante : « en cas qu'il soit aliéné des propres de la femme, le premier conquêt sera réputé emploi nécessaire » C'est le seul cas auquel M. Troplong applique la théorie du mandat résultant du contrat de

1. Marcadé, t. II, p. 670.

2. Troplong, *Contrat de mariage*, t. II, n° 1137 et s.

mariage. Pour répondre à cette théorie, nous examinerons quelle a été la volonté des parties, quand elles ont inséré cette clause. Évidemment, ce qui les a guidées, c'est d'assurer le patrimoine de la femme, en enlevant au mari une partie des pouvoirs qu'il a sur les biens de la communauté; c'est donc de la méfiance contre le mari qu'est venue cette clause.

Partant de ce principe, il nous est maintenant aisé de répondre à M. Troplong. On a voulu entourer les biens propres de toutes espèces de garantie; la première c'est l'obligation de emploi, et une, qui sera bien plus efficace encore, c'est l'acceptation de la femme. Il est bien évident que celle-ci n'acceptera un emploi qu'autant qu'il lui semble offrir des chances de sécurité et de stabilité et, du reste, le mari, devant la faculté qu'aura la femme de refuser son offre, ne lui proposera qu'un emploi utile, tandis qu'il aurait pu abuser de sa situation, si la femme n'avait pas eu à accepter le emploi.

Il y a cependant un cas où nous n'appliquerons pas ce que nous venons d'exposer et où le emploi sera parfait, sans que les formalités prescrites par les articles 1435 et 1434 soient exigées, il faut supposer que le contrat de mariage spécifie que tel bien déterminé appartenant par exemple au mari servira à opérer le emploi du propre de la femme et qu'il précise, en outre, le prix pour lequel il sera employé. Dans ce cas,

la femme, en signant une telle clause, a accepté d'avance le remploi et en toute connaissance de cause. D'où il suit que dans les rapports des époux, le seul fait de l'aliénation servira à accomplir le remploi, sans qu'il soit besoin ni d'une déclaration, ni d'une acceptation. Et il en sera de même vis-à-vis des tiers qui sont avertis par le contrat de mariage et qui ne pourraient alléguer leur bonne foi.

L'acceptation de la femme sera donc presque toujours nécessaire, dans le remploi conventionnel. Elle devra se produire de la même façon que pour le remploi facultatif. Elle devra également se produire pendant la durée de la communauté et aura un effet rétroactif, si l'on considère l'acte du mari comme une gestion d'affaires. Dans l'ancien droit, certains auteurs enseignaient que la femme pouvait accepter, même après la communauté dissoute, cette hésitation ne doit plus avoir lieu maintenant en présence des dispositions si nettes de l'article 1435.

SECTION IV

Les tiers peuvent-ils être responsables du défaut de remploi ?

Quand il s'agit d'un remploi facultatif, l'opération qui a lieu est abandonnée à la volonté libre des époux,

les tiers n'y sont pas intéressés, ils ne sauraient, à cet égard, être tenus de quoi que ce soit, mais, au cas de remploi conventionnel, il n'en est plus de même, la clause de remploi est obligatoire pour les époux ; il s'agit de savoir si cette clause frappe d'inaliénabilité les biens soumis au remploi et si les tiers sont responsables du défaut de remploi. Lorsqu'on se place sous un régime, qui n'est pas le régime dotal et qu'on suppose, dans le contrat de mariage, une clause imposant le remploi, cette clause a-t-elle force, au regard des tiers ? Non, disent les uns, et cela parce que, sous le régime de la communauté, la femme ne peut pas rendre ses biens inaliénables ; si elle veut le faire elle doit stipuler le régime dotal. Une autre opinion, au contraire, s'appuyant sur l'entière liberté qu'ont les époux de faire leur contrat de mariage déclare que l'on devra respecter cette clause et qu'elle sera opposable aux tiers, à condition, bien entendu, d'une déclaration expresse.

D'après la jurisprudence, qui a hésité quelque temps, la clause n'est point opposable aux tiers (arrêts de la Chambre civile du 29 décembre 1841, de la Chambre des requêtes du 23 août 1847, 13 février 1850, 5 juin 1850 et arrêt de la Cour, toutes Chambres réunies, 8 juin 1858). La jurisprudence considère qu'une simple clause de remploi insérée dans un contrat de mariage, dont le fond même est, en somme, le

régime de communauté, ne peut pas tenir lieu d'une soumission expresse au régime dotal. D'où il suit que les aliénations consenties par la femme sont définitives, irrévocables, et que la femme ne pourra revendiquer son immeuble contre les tiers acquéreurs.

Tout l'effet de la clause sera donc de régir les époux dans leurs rapports respectifs, la convention de remploi insérée dans le contrat de mariage n'engendrera d'obligation que pour le mari, mais la femme aura toujours le droit d'aliéner ses propres et, s'il n'y a pas eu remploi, les tiers acquéreurs ne pourront pas être inquiétés, pourvu qu'ils aient payé le prix, s'il n'y a pas eu remploi.

Mais une autre question s'élèvera, au cas suivant : le mari a reçu le mandat d'aliéner, à charge de remploi, les biens de la femme, il ne l'a pas fait, les tiers acquéreurs peuvent-ils alors être poursuivis par la femme pour n'avoir surveillé l'exécution du remploi ? La question est discutée. Pour l'affirmative, on dit que les époux, en faisant insérer la clause de remploi ont eu pour but de la rendre obligatoire ; de plus, sous le régime dotal, il en est ainsi, il ne doit pas en être différemment sous le régime de la communauté ; enfin le mari, en aliénant sans remploi, a dépassé les termes du mandat que lui avait donné la femme d'aliéner en faisant un remploi utile de ses biens. Donc la femme aura une action contre son mari pour inexécu-

tion du remploi et aura de plus une action en revendication contre le tiers, pour faire tomber l'aliénation faite par le mari au mépris de son mandat. Cependant la Cour de cassation ne s'est pas rangée à cette doctrine, et, suivant elle, la loi ne permet pas d'accorder à la femme une action contre les tiers ; elle pourra, pendant le mariage agir contre son mari comme envers un mandataire, pour le contraindre à opérer le remploi. Mais là s'arrête l'effet de la convention qui ne peut valoir qu'entre les contractants, et les tiers qui auront payé leur part, devront être à l'abri du recours de la femme. D'ailleurs, comme nous l'avons vu, les articles 1434 et 1435 ne visent que les rapports des époux entre eux, et l'on ne voit pas comment on pourrait les étendre aux tiers.

Mais il ne suffit pas d'avoir décidé que la cause de remploi n'a pas d'effet, vis-à-vis des tiers, peut-on lui en donner, par une convention expresse, une telle clause est-elle valable ?

Envisageons la clause de remploi vis à vis des tiers, d'abord, quand cette clause porte simplement qu'ils seront responsables de l'inexécution du remploi ; ensuite, nous étudierons leur responsabilité, quand la clause établit de plus une dotalité partielle.

1° *La clause de remploi porte que les tiers acquéreurs seront responsables de l'inexécution du remploi.*

1° Certains auteurs ont décidé que cette clause établissait une dotalité virtuelle : MM. Merlin et Toulier. M. Merlin¹ admettait que les époux peuvent rendre dotaux des biens propres à la femme, et il disait que la dotalité découlait de la condition de remploi. Mais ce système a été combattu par la Cour de cassation (arrêt de 1820 et du 8 juin 1858²), puis du 18 juillet 1865 : « attendu que cette clause ne rend pas les biens dotaux et inaliénables, mais subordonne la réception du prix à une condition que la prudence a pu rendre désirable dans l'intérêt de la famille. » La femme conserve donc la libre disposition de ses biens.

Mais puisque cette clause n'établit pas de dotalité, est-elle opposable aux tiers ? M. Troplong soutient que quand un bien a été payé le tiers ne peut plus être recherché. En effet, pour que le tiers puisse être inquiété, il faut que le bien porte en lui une qualité qui le rende inaliénable ; or, ici, rien de tel et ce serait faire une confusion entre le régime dotal et le régime de la communauté ; la femme seule ne pouvait aliéner, l'autorisation de son mari le lui a permis. « Du reste, dit M. Troplong³, une femme n'est pas maîtresse de se créer des actions contre les tiers, fût-ce par contrat de mariage. Un tiers qui a bien acheté et bien payé

1. Merlin, *Remploi*, § 7.

2. Dalloz, 1858.

3. Troplong, *Contrat de mariage*, t. II, n° 1085.

n'est pas lié par les clauses du contrat de mariage qui contrarient son droit. De telles idées ne peuvent surgir que dans les pays de régime dotal, où l'on ne fait pas de justes notions de la liberté de la femme et du droit du mari, dans le cas de communauté ; on n'y comprendrait rien dans les pays de communauté. »

Une autre opinion ne voit aucune incompatibilité entre le régime de la communauté et la responsabilité des tiers. L'objection de M. Troplong, au point de vue de la dotalité, peut être repoussée facilement, puisque nous avons admis qu'une convention suffisait pour rendre les biens soumis au remploi inaliénables. Les tiers peuvent consulter le contrat de mariage et ajourner le paiement, jusqu'à ce qu'on leur ait fourni la preuve du remploi. En faveur de cette opinion, nous avons des arrêts de la cour de Lyon, du 17 juillet 1857, — Limoges, 11 décembre 1863 — Cour de cassation 1^{er} mars 1859 ; ce dernier arrêt établit formellement que la clause de remploi est opposable aux tiers sous la condition qu'elle soit formelle. Mais il faut entendre cette clause de la manière la plus stricte et ne pas chercher à l'étendre : il faut qu'il n'y ait aucun doute.

Pourra-t-on également opposer aux tiers le défaut de remploi de biens, qui sont advenus aux époux, pendant le mariage, lorsqu'ils n'ont été acquis à ces derniers, que sous la condition qu'il en serait fait remploi ?

Ce qui pourrait faire douter, c'est que les tiers peuvent ne pas connaître cette condition de remploi qui, par hypothèse, n'est pas insérée dans le contrat de mariage. Cependant nous pensons qu'on peut leur opposer le défaut de remploi. En effet, les règles d'une élémentaire prudence leur imposaient de se faire communiquer les titres de propriété de l'immeuble qu'ils avaient dessein d'acquérir. Ils auraient connu alors la clause qui devait les mettre en garde. Il n'y a donc pas d'injustice à les rendre responsables du défaut de remploi.

Le plus souvent, le contrat de mariage ne contiendra pas la clause d'inaliénabilité et portera simplement que les tiers seront tenus de veiller au remploi. Quelle sera donc leur situation? Là dessus, il y a deux systèmes.

Un premier système considère que les biens soumis au remploi sont considérés comme dotaux, et par suite que la vente qui en est faite est nulle. Dans ce sens, nous avons un arrêt de la cour de Caen¹ du 21 février 1845. La femme pourra donc revendiquer l'immeuble aliéné malgré la clause de remploi.

Un second système repousse le système que nous venons d'exposer en se fondant sur ce que cela peut être exact sous le régime dotal, mais non sous le régime de la communauté, où l'aliénabilité est la règle,

1. Caen, 1845.

la clause de remploi une exception. On a craint que le mari ne dissipât le patrimoine de la femme et on lui a imposé la condition de remployer le prix provenant de l'immeuble ; pour donner plus de garantie à cette clause, on a ajouté que les tiers seraient responsables du défaut de remploi ; en effet, si celui-ci n'a pas lieu, on pourra exiger d'eux le paiement du prix, s'ils ne l'ont pas payé, ou même le leur demander de nouveau, s'ils ont payé entre les mains du mari, sans veiller à l'exécution du remploi. Mais la vente opérée n'en est pas moins parfaitement valable et si les tiers sont obligés de payer deux fois, l'immeuble ne leur restera pas moins. On objecte à ce système que si le tiers acquéreur est hors d'état de payer une seconde fois, la femme agira contre lui en résolution du contrat conformément à l'article 1184. Le fait est certain, mais la femme ne fera qu'agir d'après le droit commun, qui déclare que dans le cas où une des parties n'exécutera pas son engagement, l'autre partie aura le droit de le poursuivre à l'effet de l'exécuter ou de résoudre le contrat et, dans notre hypothèse, nous nous trouverons dans le second cas. Il n'y a donc rien là qui vienne détruire le système que nous avons exposé.

Dans le cas où le tiers n'a pas veillé à l'exécution du remploi, la femme aura une action personnelle contre lui. S'il n'a pas payé le prix, la question est très

simple : le tiers sera condamné par le tribunal à consigner le prix du remploi. S'il a payé, la femme aura une action contre lui, mais la situation est ici plus embrouillée. Quelle somme sera-t-il obligé de payer et sera-t-il actionné directement ? Il faut d'abord voir quelle était l'intention des parties en insérant une clause de remploi : c'était de maintenir l'intégralité du patrimoine de la femme, mais non de l'augmenter. Deux personnes étaient chargées de veiller à l'exécution de la clause : le mari et le tiers. La perte est égale au préjudice causé par l'inexécution du remploi.

Il faut considérer deux époques : la femme intente son action après la dissolution de la communauté ou bien pendant sa durée. A la dissolution de la communauté, la femme exercera ses reprises sur les biens de la communauté et subsidiairement sur les propres du mari. Le tiers actionné pour inexécution du remploi refusera le paiement du remploi et exigera que l'on discute d'abord les biens de la communauté, puis ensuite ceux du mari, et ce n'est que par suite de l'insuffisance de ces deux espèces de biens, que le tiers pourra être poursuivi. Le débiteur principal c'était le mari qui, en qualité d'administrateur des biens de la femme, était tenu de veiller à leur remploi ; il se pourra donc que le tiers acquéreur perde très peu de chose ou même rien si les biens, dont nous venons de parler, sont suf-

fisants pour réparer le préjudice causé par l'inexécution du remploi, mais, par contre, il perdra beaucoup si le mari a dissipé les biens communs et ses biens propres. Le tiers n'est donc tenu que subsidiairement et ne peut être actionné qu'après la discussion des biens de communauté et des propres du mari.

Mais si la femme a des craintes pendant la durée de la communauté, elle ne pourra pas faire condamner définitivement le tiers acquéreur. Le tribunal pourra le condamner à consigner une somme d'argent, mais il ne pourra être définitivement condamné qu'après la dissolution de la communauté.

Voyons maintenant la procédure, qui sera suivie par la femme, pour obtenir réparation du préjudice causé par l'inexécution du remploi.

Les avis sont partagés. D'après certains auteurs, la femme devra commencer par établir que le remploi n'a pas eu lieu, puis, ce sera au tiers à prouver qu'il a veillé à l'exécution du remploi; d'après d'autres auteurs, au contraire, c'est le tiers qui doit, le premier, être mis en demeure de démontrer qu'il y a eu remploi, car la femme n'a pas à établir un fait négatif. C'est seulement lorsque cette preuve aura été faite que la femme, si elle persiste, aura à prouver le contraire. Si le remploi a eu lieu, la femme est condamnée aux frais; s'il n'a pas eu lieu, la femme tend à obtenir le remboursement de l'immeuble aliéné, et le tiers

acquéreur ne pourra se libérer en abandonnant l'immeuble. C'est le contraire de ce qui se passerait sous le régime dotal : dans ce cas, l'action de la femme serait *in rem* et tendrait à faire rescinder la vente, même si le tiers offrait de lui en payer le prix.

L'action qui appartient à la femme, par suite de l'inexécution du remploi, rentre dans la catégorie des actions, qui ne sont pas prescriptibles pendant le mariage, article 2256, 2° : « La prescription est pareillement suspendue pendant le mariage.... 2° Dans le cas où le mari, ayant vendu le bien propre de la femme sans son consentement, est garant de la vente et dans tous les autres cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari » ; les héritiers pourront exercer cette action, ainsi que les créanciers, conformément à l'article 1166, car elle n'est pas essentiellement attachée à la personne.

Le remploi a été institué pour garantir les intérêts de la femme, il doit donc se borner à cela et ne pas aller au delà. La femme n'est pas seule en question et les tiers acquéreurs sont dignes d'intérêt. La femme pourrait souvent, par son obstination, nuire à leurs intérêts ; on se demande, si dans ce cas, elle pourra prolonger indéfiniment leur responsabilité et si le tiers acquéreur pourra se libérer en payant au mari le prix de l'immeuble qu'il a acquis. Il nous paraît juste que ce droit lui soit accordé : si, plus tard, la femme

venait actionner le tiers après avoir refusé, par sa fantaisie, un emploi avantageux, son action contre la communauté et le tiers ne saurait pas être admis. Ce qu'a voulu faire la loi, c'est protéger la femme ; or, elle irait contre son but en le dépassant ; on ne doit pas effrayer les tiers par la perspective d'une telle responsabilité, ils refuseraient de traiter avec la femme si, en fin de compte, ils pouvaient avoir à supporter une charge sur laquelle ils n'ont pas dû compter.

2° *La clause de remploi stipulée obligatoire vis-à-vis du tiers, stipule une dotalité partielle.*

Cette clause a pour effet de faire considérer les biens, sur lesquels elle porte, comme soumis au régime dotal. Ces biens seront donc inaliénables, sauf qu'il en soit fait remploi. La clause de remploi considérée sous le régime de la communauté, c'est un obstacle à l'aliénation des biens ; ici, ce sera tout le contraire.

La clause de remploi dans ce cas sera donc opposable au tiers acquéreur, l'inaliénabilité frappera les biens et la vente faite sans remploi sera nulle, tandis que si la dotalité n'est pas stipulée la femme n'aura qu'une action personnelle. Le tiers acquéreur sera responsable vis-à-vis de la femme, s'il n'a pas surveillé le remploi et si ce remploi n'a pas été utile. On a soutenu cependant que le tiers acquéreur ne pouvait pas être lié par l'obligation de remploi et que seul le mari

pouvait être responsable. Ceci n'est pas fondé dans notre cas : l'immeuble est inaliénable, le tiers qui l'acquiert ne l'acquiert qu'avec cette qualité ; on a eu beau dire que le remploi devait être fait par le mari, cela ne nous paraît pas prouvé : le bien est inaliénable, or, la seule condition qui le rende aliénable, c'est le remploi, si donc il n'est pas accompli, l'immeuble perd vis-à-vis du tiers acquéreur son caractère d'aliénabilité. Le tiers acquéreur pourra offrir à la femme de payer de nouveau ; cela ne sera pas suffisant ; elle n'a pas droit seulement, comme quand l'immeuble est aliénable, à la réparation du préjudice causé, elle a droit à l'immeuble lui-même. Nous ajouterons que dans le cas où la dotalité a été stipulée, il faudra entendre cette clause d'une manière restrictive et il faudra que ce soit une clause bien expresse, qui étende aux tiers l'obligation de veiller au remploi. Si, par exemple, on déclare simplement que le tiers sera responsable du paiement fait sans remploi, l'aliénation sera valable ; le tiers devra payer une seconde fois, sauf son recours contre le mari. La vente ne sera nulle qu'autant qu'il y aura une clause expresse de dotalité.

DU REMPLOI SOUS LE RÉGIME DOTAL

Sous le régime de la communauté la condition de remploi est une entrave mise à l'aliénation des propres des époux, qui étaient toujours aliénables. Sous le régime dotal, les immeubles étaient inaliénables et l'utilité d'une pareille clause ne se faisait pas sentir. Mais cette sévérité de la loi ne dura pas toujours et bientôt la jurisprudence admit la faculté d'aliéner la dot, quand cela était stipulé dans le contrat de mariage : c'est alors que se fit sentir l'utilité des clauses de remploi ; les immeubles dotaux étant aliénables, on voulut sauvegarder leur prix.

Dans le Forez, le Beaujolais, le Mâconnais, la Marche et l'Auvergne, on établit une jurisprudence très large et une ordonnance de 1664 fit disparaître la prohibition établie par la loi Julia dans les pays du Lyonnais, du Mâconnais, du Beaujolais et du Forez.

Le régime dotal est à peu près inconnu dans les pays de coutumes, sauf l'Auvergne, la Marche et la Normandie. Dans ces deux premiers pays, malgré l'inaliénabilité du fonds dotal, l'aliénation n'en fut pas

cependant frappée d'une nullité radicale et la femme a seulement le droit de recouvrer la chose dotale dans l'année qui suit la mort du mari, si elle n'est pas suffisamment récompensée. La coutume de Normandie alla plus loin et admit l'aliénation de l'immeuble dotal par le mari, à charge d'un remplacement en immeubles, et même « faute d'acquêts immeubles, il sera fait sur leurs meubles ». La femme, à la dissolution du mariage, a le droit, si les biens du mari ne sont pas suffisants pour le remploi, de se retourner contre les tiers: « Et où la femme ne pourrait avoir la récompense sur les biens de son mari, elle peut subsidiairement s'adresser contre les détenteurs dudit dot, lesquelles ont option de la lui laisser ou lui payer le juste prix à l'estimation de ce qu'il pouvait valoir lors du décès de son mary. » Sous la coutume de Normandie, le remploi avait lieu de plein droit d'où il suit: 1° que, lorsque les biens dotaux avaient été aliénés du consentement des deux époux, la femme n'avait pas droit à la revendication contre le tiers détenteur, si le mari laissait de quoi la récompenser. 2° les biens de la femme aliénés par le mari pendant le mariage doivent être remplacés par ceux acquis par celui-ci pendant le mariage. L'acceptation du remploi par la femme était nécessaire, mais elle pouvait changer d'avis même au bout d'un an¹.

1. *Cour de Normandie*, art. DLX.

Voilà, sommairement exposées, les règles du emploi sous le régime dotal, dans l'ancien droit, nous allons voir leurs modifications dans le Code. Le Code considère le emploi conventionnel, quand il y a une clause dans le contrat de mariage et le emploi légal. Nous étudierons le emploi conventionnel : la clause du emploi, ses conditions, ses effets ; et nous terminerons par le emploi légal.

CHAPITRE III

DU REMPLOI CONVENTIONNEL SOUS LE RÉGIME DOTAL

SECTION PREMIÈRE

De la clause de remploi.

La clause de remploi est une clause en vertu de laquelle les futurs époux conviennent que l'immeuble dotal, qui est frappé d'inaliénabilité par la loi, sera aliénable sous la condition qu'il en sera fait remploi.

C'est une exception à la règle que les immeubles, sous le régime dotal, sont inaliénables et bien que l'article 1387 laisse aux époux une liberté aussi grande que possible, il faudra l'entendre d'une manière restrictive. Si le contrat de mariage porte que les biens de la femme sont aliénables sous condition de remploi, il ne faudra entendre par là que les biens présents; s'il est parlé des biens à venir, il faudra restreindre l'aliénabilité aux seuls biens à venir et ce ne

séra que lorsque la clause de remploi sera universelle, embrassant biens présents et à venir, qu'il faudra l'étendre à tous les biens. On peut admettre comme principe que la clause de remploi sera corrélatrice de la constitution de dot. En effet, la constitution de dot a pour effet de rendre inaliénables les biens, et comme la clause de remploi a pour but de rendre aliénables les biens inaliénables, il faudra donc dire que l'on ne peut convenir utilement du remploi que quand l'inaliénabilité, à laquelle il s'agit de faire exception, existe déjà par suite de la constitution de dot. Si donc, on admet que les meubles dotaux sont aliénables, il faudra entendre la clause de remploi des biens dotaux comme visant uniquement les immeubles.

La femme seule, comme propriétaire de la dot peut faire insérer la clause de remploi. Il est vrai que si c'est un tiers qui a constitué la dot, il a pu exiger de la femme qu'elle impose au mari la condition de remploi. Quand la femme est mineure, la question de la convention de remploi a été discutée dans l'ancien droit : on refusait à la femme mineure, incapable d'aliéner ses biens, le pouvoir d'accorder au mari le droit d'aliéner. Aujourd'hui, l'article 1398 fait cesser la discussion : « Le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible ; et les conventions et les

donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. » Nous nous trouvons ici en présence d'une convention matrimoniale ; par conséquent, la femme mineure pourra très bien permettre l'aliénation avec clause de remploi, si le conseil de famille a donné son autorisation.

La clause de remploi doit être insérée dans le contrat de mariage. Cela résulte de l'article 1557 : « L'immeuble dotal peut être aliéné lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage. » Ce texte est formel pour l'aliénation des immeubles dotaux, il doit en être de même pour la clause de remploi. Le remploi faisant partie des conventions matrimoniales est définitivement établi par le contrat de mariage, et si le mari avait reçu le pouvoir d'aliéner les biens dotaux sans condition, on ne pourrait pas plus tard faire insérer la clause de remploi, et cela, en vertu du principe de l'incommutabilité des conventions matrimoniales.

Pourra-t-on étendre la clause de remploi indistinctement à toute espèce de biens. Nous venons d'étudier la question pour les immeubles : les immeubles dotaux étant inaliénables, le remploi pourra en être convenu s'ils sont aliénés. De même, pour les meubles incorporels : on a pu les frapper d'inaliénabilité

ou obliger le mari à les remployer en immeubles dotaux. Mais *quid* pour les meubles corporels? La solution de la question a paru à certains auteurs dépendre de l'opinion qu'on a de l'aliénabilité de la dot mobilière. Si elle est aliénable, a-t-on dit, la convention de remploi n'aura pas raison d'être, si elle est inaliénable, il y aura intérêt à la clause de remploi.

La question qu'il suffit de rappeler est fort discutée. La jurisprudence s'appuie sur les articles 1555 et 1556 qui permettent, par exception, d'aliéner les biens dotaux et on dit que le mot biens désigne indifféremment des meubles et des immeubles. On répond à cet argument en comparant les articles 1555 et 1556 à ceux qui les précèdent. L'article 1554 établit l'inaliénabilité des immeubles dotaux; les articles suivants n'ont pour objet que de montrer les exceptions à la règle et non pas de tracer une règle nouvelle qui étendrait l'effet de l'article 1554.

Dans l'ancien droit, la dot mobilière était inaliénable: il n'en est plus de même puisque le Code établit, comme règle générale, que les immeubles constitués en dot ne peuvent pas être aliénés.

Enfin, dit-on, il n'est pas juste que la femme qui a toute une fortune mobilière, soit moins protégée que celle qui n'a que des immeubles. Nous répondrons à cela qu'il n'appartient pas aux tribunaux de combler les lacunes de la législation: il pourrait être utile de

protéger les meubles de la femme, mais la loi ne l'a pas fait. Du reste, il serait bien étonnant que le Code ait considéré la dot mobilière comme l'égale de la dot immobilière, puisque toute notre législation est dominée par cet axiome : *vilis mobilium possessio*. Sous le régime de la communauté les pouvoirs du mari sont moins étendus sur les immeubles que sur les meubles, il serait étonnant qu'il en ait été autrement sur ce point.

La Cour de cassation, se basant sur les arguments que nous venons de réfuter, établit un système bizarre : 1° La dot mobilière est aliénable quant au mari ; il a, d'après l'article 1549 « le droit d'en poursuivre les débiteurs ou détenteurs, d'en percevoir les fruits et les intérêts et de recevoir le remboursement des capitaux ». il peut disposer des biens dotaux comme il l'entend, sauf le recours de la femme contre lui.

2° La dot mobilière est inaliénable quant à la femme ; elle ne peut, par elle-même, ni même autorisée par son mari ou la justice, aliéner ou diminuer, en quoi que ce soit, sa dot.

3° Après la séparation de biens, la femme reprend l'administration de ses biens, mais sans le pouvoir d'aliéner la dot qui est frappée, dès lors, d'une inaliénabilité aussi absolue que la dot immobilière.

Ce système n'est pas admissible, car si le mari a le droit d'administrer les meubles dotaux, il ne peut faire

aucun acte qui sorte de la nature de son administration. De plus, la dot mobilière est aliénable, quand la loi parle des immeubles, elle spécifie que les immeubles constitués en dot sont inaliénables (article 1554) ; donc les meubles ne le sont pas et en disant cela nous sommes de l'avis du droit romain ; l'inaliénabilité des immeubles a été admise avec répugnance, et les articles 1557, 1558, 1559, ne parlant que des immeubles, nous conclurons donc que la dot mobilière est aliénable.

Cela étant, nous ne croyons pas que l'on doive tenir pour non valable la clause de remploi d'un meuble corporel. Rien n'empêche, en effet, de convenir que tels meubles dotaux, serviront à acquérir des immeubles qui seront dotaux. En cela nous nous serons conformés à l'article 1553 : « l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage ».

SECTION II

Conditions du remploi.

Pour que le remploi soit parfait sous le régime dotal, il faut, malgré le silence gardé par la loi, que les formalités de la déclaration de remploi avec indication de l'origine des deniers soient accomplies, con-

formément aux articles 1434 et 1435. L'article 558 du Code de commerce exige pareillement les deux déclarations. Malgré cela, certains auteurs ont nié la nécessité des deux déclarations : en étudiant le remploi sous le régime de la communauté, nous avons exposé et réfuté les arguments mis en avant pour dispenser de la double déclaration. La déclaration que fait le mari, qu'il acquiert afin de faire un remploi, doit être contenue dans l'acte d'acquisition : elle doit être faite *in continenti*.

Ces deux déclarations sont requises à peine de nullité ; l'immeuble acquis devenant dotal, on doit prendre toutes les précautions possibles pour prévenir les tiers.

La femme doit accepter l'offre de remploi, qui lui est faite pour que le remploi soit valable. La nécessité de l'acceptation de la femme a été niée sous le prétexte que l'article 1435, qui l'exige, se trouve sous le titre de la communauté. Nous dirons ici ce que nous avons dit à propos des deux déclarations : les règles du remploi sont tracées dans les articles 1434 et 1435, et il faut y soumettre le remploi sous le régime dotal. De plus, dans le régime dotal, la femme a été traitée avec plus de garanties que sous le régime de la communauté, il faudrait donc que, dans ce cas spécial, elle fut traitée avec moins de faveur que la femme commune ? cela n'est pas.

MM. Rodière et Pont font une distinction que nous n'admettrons point : ils distinguent suivant que le contrat de mariage a permis au mari d'aliéner seul les immeubles dotaux ou qu'il ne peut les aliéner qu'avec le consentement de la femme. D'après ces auteurs, dans le premier cas, le mari pourra faire seul le remploi, tandis que, dans le second, il aura besoin de l'acceptation de sa femme. Certes, la situation n'est pas la même dans les deux cas, mais, comme la femme dotale doit être aussi protégée que la femme commune, nous n'admettrons pas que l'on puisse déroger à la règle générale posée par l'article 1435. La seule exception que nous y verrons, c'est le cas où le contrat de mariage porte que le premier immeuble acquis par le mari, après l'aliénation d'un propre de la femme sera considéré comme un remploi. Dans ce cas, la femme a donné un mandat à son mari et elle a ratifié par avance l'acquisition de celui-ci ; mais sauf cette exception, l'acceptation est nécessaire.

L'acceptation de la femme n'a pas besoin d'être donnée dans l'acte d'acquisition : elle peut avoir besoin de réfléchir sur un acte souvent fort grave. Elle pourrait même avoir lieu après la séparation de biens, car la dotalité, étant un caractère attaché aux immeubles, lui survit ; mais nous pensons que, dans ce cas, l'acceptation, qui serait une ratification, ne ferait que libérer les tiers, mais ne rendrait pas dotal l'im-

meuble acquis. C'est dans ce sens qu'a incliné la jurisprudence. (Cour de Nismes, 3 août 1842 ; Rouen 21 janv. 1845 ; C. de cassation, 2 mai 1859.)

L'acceptation doit être expresse. On ne l'induirait de la présence de la femme à l'acte qu'autant qu'elle y a pris part. L'acceptation n'a pas besoin d'être faite en termes sacramentels ; il suffit qu'elle soit clairement exprimée. L'acceptation de la femme rend le remploi parfait et l'immeuble acquis est purement et simplement subrogé à l'ancien.

La femme peut demander le remploi. Elle aura pendant la durée du mariage une action contre le mari pour l'obliger à le faire, et, s'il refuse, pour l'obliger à consigner une somme d'argent suffisante à sauvegarder ses intérêts. La clause de remploi insérée dans le contrat de mariage est obligatoire pour le mari. On a objecté contre la faculté qu'a la femme de demander le remploi, que c'était troubler la paix du ménage et que l'article 1560 ajourne l'action en révocation à la dissolution du mariage. Nous répondrons que les deux espèces ne sont pas les mêmes ; la femme ne peut pas, pendant le mariage, exercer les actions dotales pour réclamer ses immeubles, mais elle a parfaitement le droit de rappeler au mari ses devoirs et de surveiller la gestion de sa dot.

Le tiers acquéreur peut aussi actionner le mari à l'effet de l'obliger à faire le remploi. En effet, si le

remploi n'est pas fait, son acquisition sera, à la dissolution du mariage, frappée de nullité et il doit tenir à la sécurité de son acquisition. Si le contrat de mariage comporte un délai pour le emploi, le tiers acquéreur ne sera pas obligé de payer le prix pendant ce temps. S'il n'y a aucun délai, le tiers pourra sommer les époux de lui offrir un emploi, sinon les citer devant le tribunal et les forcer à accepter un emploi. Dès lors, il sera à l'abri de toute poursuite, soit que le tribunal donne un délai aux époux pour faire emploi, soit que l'offre de emploi proposée par le tiers soit acceptée.

Le plus souvent ce sera la femme, autorisée par son mari, qui fera le emploi, en faisant insérer dans le contrat d'acquisition la clause de emploi. Mais, seul, le mari autorisé par sa femme peut l'exécuter.

Le emploi ne doit pas suivre nécessairement l'aliénation de l'immeuble dotal. Il importe, en effet, que le emploi soit utile et ce but ne serait pas atteint si le mari était obligé de remployer immédiatement le prix de l'immeuble dotal et il serait bien étonnant qu'il pût, dans de semblables conditions, faire une opération avantageuse. Il arrive souvent que dans le but de pousser le mari à faire emploi le plus tôt possible, il y ait un délai fixé par le contrat de mariage, pour l'acquisition en emploi. Mais, même dans ce cas, la jurisprudence n'a pas admis que ce délai fut de ri-

gueur. Le mari, actionné par la femme pour faire le remploi, pourra obtenir des délais de grâce, en justifiant qu'il n'a pas eu, dans le temps fixé, l'occasion de faire un remploi avantageux ; si le mari ne fait pas le remploi dans le délai qui lui sera fixé par le tribunal, par sa faute, la femme sera autorisée à le faire par elle-même.

Le mari pourra faire le remploi pendant la durée de son administration. Une fois la dissolution du mariage, le patrimoine des époux est fixé d'une manière définitive et alors le remploi ne peut plus avoir lieu. Mais en cas de séparation de biens, que se passe-t-il ? Vis-à-vis du mari, la question n'est pas douteuse : déchu désormais de la jouissance et de l'administration des biens dotaux, il n'a aucun titre pour faire le remploi. La femme, au contraire, peut effectuer le remploi après la séparation de biens. « Il importe de noter, dit Benech ¹, que la femme, après la séparation de biens, peut, si elle le juge convenable, c'est-à-dire si elle ne veut pas user de son droit de révocation, utiliser le prix qui pourrait être dû par les acquéreurs, et opérer elle-même le remploi, avec l'autorisation du mari ou de justice. Elle aurait le droit d'aliéner à l'aide de cette autorisation, en faisant remploi ; elle peut donc confirmer l'aliénation précédemment faite par le mari, en remployant le prix de cette aliéna-

1. Benech, 1^{re} partie, ch. VIII, n° 88.

tion. » M. Troplong¹ dit de même : « S'il plaisait à la femme, après la séparation, de ne pas user de son droit de révocation et de faire elle-même le remploi, ou d'accepter celui que son mari aurait fait après la séparation, nous pensons, avec M. Benech, qu'elle devrait être reçue à faire cette ratification favorable qui ne lui porte aucun préjudice et qui rentre dans les pouvoirs de son contrat de mariage ; car la réserve d'aliéner moyennant remploi est toujours subsistante, et la ratification dont il s'agit ici est un moyen de mettre en action cette faculté. »

Voilà donc admis que la femme peut faire remploi après la séparation de biens, ou ratifier un remploi fait par le mari. La question discutée est celle de l'effet de ce remploi vis-à-vis des tiers. Un tiers acquéreur d'un bien dotal, pourra-t-il repousser la revendication de la femme, en lui offrant un remploi et éviter l'éviction ? La femme se basera sur ce que son contrat de mariage a permis l'aliénation de ses immeubles dotaux sous la condition de remploi ; cette condition n'a pas été remplie, donc l'aliénation est nulle et le tiers ne peut pas, en lui offrant un remploi, faire tomber le droit réel qu'elle a sur l'immeuble sans son consentement. Nous croyons, cependant, qu'il ne faudra pas admettre ce raisonnement ; en effet, la clause de remploi a eu pour but de sauvegarder les

1, Troplong, *Contrat de mariage*, t. IV, n° 3419.

intérêts de la femme. Dès lors puisqu'elle pourra faire emploi, nonobstant la séparation de biens, ses intérêts seront sauvegardés, et elle n'aura aucun motif sérieux à opposer au tiers acquéreur, qui lui fera une offre de emploi. Vainement objectera-t-on l'art. 1560: « Si, hors les cas d'exception qui viennent d'être expliqués, la femme ou le mari, ou tous les deux conjointement, aliènent le fonds dotal; la femme ou ses héritiers pourront faire révoquer l'aliénation après la dissolution du mariage. » Cet article ne vise que le cas où l'aliénation n'était pas permise, tandis que dans le cas que nous étudions, elle était permise sous la condition de emploi; et la femme ne peut pas se prévaloir du non accomplissement d'une condition qui dépend de sa volonté.

Si le contrat de mariage donnait au mari le pouvoir d'aliéner les biens dotaux, la question serait peu douteuse. On pourrait dire que la femme a voulu rester entièrement en dehors de l'administration de ses biens, qu'elle l'a abandonnée au mari, sous condition de retrouver, à la dissolution du mariage, même quantité de biens. On peut répondre à cela que l'acquéreur pourrait écarter la demande de la femme en lui procurant lui-même un immeuble.

Pour résumer la question, disons que la femme a le droit de demander la révocation de l'aliénation faite sous condition de emploi, quand cette condition n'a

pas été accomplie, une fois que l'administration du mari a cessé. L'éviction sera forcée si le mariage est dissous, tandis que s'il y a seulement séparation de biens, nous croyons que les tiers pourront l'éviter en offrant à la femme un emploi utile.

Sous le régime dotal, la jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour admettre la validité du emploi par anticipation. L'immeuble acquis ne sera dotal que quand le prix en aura été payé. Pour que l'immeuble acquis soit subrogé à l'immeuble aliéné, il faut remplir les conditions énoncées dans les articles 1250 et 1251, et pour cela il faut nécessairement que le prix soit payé.

La loi a laissé toute latitude aux parties pour la forme dans laquelle doit être effectué le emploi : on pourra donc le faire indifféremment par acte sous-seing privé ou acte public, mais il faudra toujours respecter les prescriptions de la loi du 25 mars 1855 et faire transcrire l'acte d'acquisition.

Si le contrat de mariage indique en quels biens il faut faire le emploi, il faudra s'y conformer ; le plus souvent, la clause de emploi désignera en quel biens il faut le faire : faute de respecter cette clause, le emploi serait nul. On peut convenir de le faire en meubles aussi bien qu'en immeubles ; mais s'il n'y a aucune stipulation spéciale, le emploi devra être fait : 1° *en immeubles* ; 2° *ils doivent offrir des garanties suffisantes*.

1° *En immeubles*, le remploi doit consister en immeubles réels, urbains ou ruraux ; mais non des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. L'usufruit d'un immeuble, les servitudes et les actions ne peuvent servir à un remploi.

2° *Offrir des garanties suffisantes*. Du jour où la femme a accepté le remploi, l'immeuble est à ses risques et périls : elle bénéficiera des plus-values de même qu'elle supportera les moins-values ; il faut donc entourer l'acquisition en remploi de toutes les garanties possibles. Tout immeuble, à condition qu'il ne soit pas hypothéqué ou soumis à une condition résolutoire, peut être acquis en remploi. Si les immeubles ne remplissaient pas ces conditions, le tiers acquéreur, qui est garant du prix, pourrait refuser de payer le prix qu'il doit. On n'exigera pas non plus le remploi en même espèce d'immeubles ; un immeuble urbain pourra remplacer un immeuble rural et réciproquement. On pourra acquérir valablement en remploi des immeubles par détermination de la loi, les actions de la Banque de France et des canaux d'Orléans et du Loing¹, depuis la loi de 1862 de la rente française 3 0/0 et depuis 1871 toute espèce de rente française. Mais parmi les valeurs mobilières, seules celles que nous venons d'énoncer pourront servir à un remploi et il ne faudra pas étendre cette qualité

1. Ces canaux ont été rachetés par l'Etat. V. plus haut, p. 81

aux fonds garantis par le gouvernement français.

Le remploi se fera pour le prix de l'immeuble, augmenté des frais accessoires. Les frais resteront à la charge de la femme, qui est l'acquéreur et traitée comme telle par le droit commun. On dira vainement que les frais ont diminué le patrimoine de la femme, elle doit subir les conséquences de la clause de remploi.

L'acquéreur doit toujours payer les frais de son acquisition, la femme, qui est ici l'acquéreur, ne sera donc pas traitée autrement qu'un acquéreur ordinaire.

SECTION III

Conséquences du remploi et du défaut de remploi.

L'effet du remploi est d'imprimer aux biens acquis le caractère de dotalité qu'avaient les biens aliénés et de les faire passer dans la propriété de la femme. L'immeuble acquis est subrogé purement et simplement à l'immeuble aliéné. Dès lors, les biens acquis sont aux risques de la femme qui supportera les risques et les pertes, de même qu'elle bénéficiera des plus-values, l'immeuble acquis en remploi sera de la même nature que celui qu'il remplace et pourra, de même que lui, être aliéné sous condition de remploi.

Etudions maintenant les effets du défaut de remploi :
1° *Dans les rapports entre les époux* ; 2° *dans les rapports avec les tiers*.

§ 1^{er} — Dans les rapports entre les époux.

La femme a un recours contre son mari et une action personnelle contre lui et ses héritiers pour les contraindre à rembourser le prix des immeubles dotaux non remployés et garantis par son hypothèque légale. La femme pourra donc agir indifféremment contre son mari pour être indemnisée du préjudice, ou contre les tiers afin de faire révoquer l'aliénation. Dans le cas où la femme exerce l'action personnelle, elle pourra se faire colloquer dans l'ordre ouvert sur les immeubles du mari ; si elle a droit à cette collocation c'est parce que son action est garantie par une hypothèque légale : l'article 2135 § 4 accorde en effet à la femme une hypothèque générale sur tous les biens de son mari pour sa dot et ses conventions matrimoniales. Il est vrai que le régime de la communauté seul a été visé par cet alinéa, mais l'article 2121, fondamental en la matière, a un caractère d'absolue généralité, qui corrige le côté trop étroit de la disposition précédente. Mais, étant admis ce principe que la femme a le bénéfice de l'hypothèque légale, à quelle date cette hypothèque prendra-t-elle rang ?

Suivant certains arrêts, l'hypothèque daterait du jour même de la célébration du mariage, à la différence de ce qui a lieu pour l'hypothèque légale de la femme commune qui ne prend date que du jour de l'aliénation du fond dotal ou du paiement de sa dot. Cette différence s'expliquerait ainsi : sous le régime de communauté, l'obligation pour le mari d'indemniser date de l'aliénation et c'est cette obligation qui donne naissance à l'hypothèque. Au contraire, lorsque le mari a vendu le fonds dotal, il a violé la loi du contrat de mariage, qui rend le bien dotal inaliénable. Il encourt la responsabilité qu'il avait promise dès l'instant du contrat de mariage. L'hypothèque grevait tout son avoir bien longtemps avant la vente du fonds dotal ; cette aliénation ne produit donc pas l'hypothèque, elle n'est que l'événement qui force la femme à en user. Si la vente a été faite en vertu d'une clause du contrat du mariage, qui autorisait la vente du fonds dotal, la solution doit être la même. La dot est une charge dont le mari a été grevé dès l'instant du mariage. La sûreté des sommes, qui remplaçaient le fonds dotal, doit remonter à cette époque. Il est facile de répondre à la théorie que nous venons d'exposer en faisant remarquer que, selon l'esprit du Code civil, l'hypothèque est subordonnée à l'existence de l'acte qui forme l'origine de la créance ; c'est pour ce motif que l'article 44 du projet d'après lequel l'hypothèque

légale de la femme remontait à une seule et même date, celle de la célébration du mariage fut repoussé par le Tribunal. C'est pour le même motif qu'on échelonna l'hypothèque à des dates diverses, selon les diverses causes de créance. Or, quand la femme dotale a stipulé le remploi de ses immeubles dotaux, c'est l'aliénation seule qui engage la responsabilité du mari et qui fait naître sa créance.

§ 2. — Vis-à-vis des tiers.

D'après l'article 1560 la femme doit attendre la dissolution du régime matrimonial, pour demander la nullité de l'aliénation des immeubles dotaux; il doit en être de même, à plus forte raison, quand ces immeubles ont été stipulés aliénables sous condition de remploi. Si, à la dissolution du mariage, le mari a aliéné l'immeuble dotal, aliénable sous condition de remploi, sans en avoir remployé le prix, la femme pourra demander la nullité de l'aliénation. C'est le droit strict de la femme; son immeuble n'était aliénable que sous condition de remploi; cette condition n'a pas été accomplie, l'aliénation est nulle.

Certains auteurs ont soutenu que l'offre du prix de l'immeuble devait suffire à désintéresser la femme; d'autres ont distingué suivant que la femme avait elle-même aliéné; dans ce cas, elle n'avait pas la revendi-

cation, ou si, c'était le mari qui avait aliéné, auquel cas la femme avait la revendication de son immeuble. On peut répondre à ces auteurs que ce n'est pas la valeur du fonds que les époux ont stipulé, mais le fonds lui-même. Du reste, le régime dotal est organisé afin de sauvegarder la femme contre son mari ; les tiers n'ont donc eu qu'à s'entourer de toutes les garanties possibles.

Les tiers pourront refuser de payer le prix tant qu'il ne leur sera pas offert un remploi suffisant par le mari. Il faudra appliquer, en cas de non remploi, l'article 1560 dans toute sa rigueur. « Si, hors les cas d'exception, la femme ou le mari, ou tous les deux conjointement, aliènent le fonds dotal, la femme ou les héritiers pourront faire révoquer l'aliénation après la dissolution du mariage. » Si le remploi n'a pas été effectué, le fonds dotal est resté frappé d'inaliénabilité, et l'article termine en disant : « Le mari lui-même pourra faire révoquer l'aliénation pendant le mariage, en demeurant, néanmoins, sujet aux dommages-intérêts de l'acheteur, s'il n'a pas déclaré, dans le contrat, que bien vendu était dotal. »

La femme pourra faire révoquer l'aliénation consentie à un tiers, quand bien même elle l'aurait garanti de toute éviction. Les tiers acquéreurs ne pourront se soustraire à l'action de la femme en lui abandonnant le prix de l'immeuble. Ce que la femme a droit de re-

trouver dans son patrimoine, ce n'est pas la valeur de ce qui a été aliéné, mais l'immeuble même; on a voulu que la femme ne fut pas exposée, par la conversion d'un immeuble en numéraire, aux chances de pertes plus grandes, qui s'attachent aux valeurs de cette espèce. Les tiers peuvent-ils, quand ils sont actionnés par la femme, la repousser en lui offrant un emploi: nous avons étudié la question dans le chapitre précédent et nous avons conclu par l'affirmative. Il ne dépend, en effet, que de la femme que la condition de emploi soit accomplie. Seulement, en cas de séparation de biens, il n'y a aucun inconvénient au emploi, puisque le mariage n'est pas dissous; mais, en cas de dissolution du mariage, notre solution ne serait plus vraie: il n'y a plus, en effet, de biens dotaux et le emploi serait dès lors impossible. Pour conclure, quand le mariage est dissous, plus de emploi possible; si, au contraire, il n'y a que séparation de biens, nous ne voyons aucune raison pour empêcher la femme d'accepter une offre de emploi, qui lui est faite par le tiers acquéreur.

Les tiers acquéreurs, qui seront actionnés par la femme, pourront être obligés de lui donner des dommages-intérêts s'ils ont détérioré le fonds dotal: il est vrai qu'ils auront, en tous cas, un recours contre le mari pour lui réclamer le prix qu'ils ont payé; ce ne

sera donc qu'en cas d'insolvabilité du mari, qu'ils éprouveront un préjudice.

Les tiers acquéreurs, ayant reçu un immeuble des mains d'un incapable, seront donc obligés de le restituer. Les actes d'administration qu'ils auront faits sans fraude et de bonne foi seront respectés. Ils ont possédé de bonne foi et aucune action ne pourra faire qu'ils n'aient pas été possesseurs, et alors la possession entraîne le droit de faire des actes d'administration. Il n'en sera pas de même quant aux actes d'aliénation et de disposition : *soluta jure dantis, solvitur ejus accipientis*, toutes les aliénations faites par le tiers acquéreur, de bonne foi ou non, droits réels, servitudes, hypothèques, tout cela tombera et l'immeuble sera rétabli dans l'état, où il se trouvait entre les mains de la femme. Quant aux fruits, il faut distinguer suivant la bonne ou mauvaise foi du détenteur. S'il a été de mauvaise foi, il doit restituer tous les fruits qu'il a perçus depuis le jour de son acquisition. S'il a été de bonne foi, il pourra garder tous les fruits qu'il a perçus, jusqu'au jour de la demande. On a été cependant jusqu'à soutenir que les tiers détenteurs devaient être considérés comme ayant toujours été de mauvaise foi et qu'ils devaient restituer les fruits perçus depuis le jour de l'aliénation. Nous ne le pensons pas ; le cas où le tiers acquéreur n'a pas eu connaissance de contrat de mariage se présentera

rarement : nous pensons que le tiers acquéreur ne devra rendre les fruits perçus que du jour où il a connu la dissolution du mariage ou la séparation de biens, car jusque-là il a pu espérer que le remploi serait fait.

Remarquons que l'aliénation de l'immeuble dotal n'est pas nulle, mais seulement annulable ; par conséquent, le tiers acquéreur ne serait pas admis à en demander la nullité. D'après l'article 1123, en effet, « les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté. »

Jusqu'à présent, nous avons supposé qu'il n'y avait pas eu remploi. S'il y a eu un remploi désavantageux pour la femme, la responsabilité du tiers sera-t-elle engagée ?

Si le remploi n'a pas été fait dans les formes prescrites par le contrat de mariage, bien qu'avantageux pour la femme, elle peut en demander la nullité.

Si le remploi n'a pas compris tout le prix de l'immeuble aliéné, l'acquéreur du fonds dotal pourra en être dépouillé, sauf subrogation aux remplois partiels, qui auraient été faits.

Si l'immeuble acquis en remploi présente des dangers d'éviction, la question de responsabilité des tiers est discutée. Certains auteurs, dont M. Duranton¹,

1. Duranton, t. XV, p. 137.

disent que le tiers acquéreur n'est pas garant de l'utilité du remploi : « L'acquéreur, dit-il, n'est pas garant de la sûreté ou de la bonté du remploi ; il ne répondrait pas de la trop grande élévation du prix des biens acquis en remploi, ni même de l'éviction de ces biens, s'il n'avait pas colludé avec le mari, s'il ignorait que c'était la chose d'autrui qu'achetait celui-ci en remploi de l'immeuble par lui aliéné. » Ce système ne nous paraît pas très-juste. En effet, le but qu'ont eu les parties au contrat de mariage, c'est de garantir la dot de la femme et d'en rendre responsables les tiers : si donc la responsabilité des tiers est aussi restreinte, nous croyons que l'on aura été contre la volonté des parties. Il ne faudra pas non plus exagérer leur responsabilité : s'ils ont pris toutes les précautions et s'ils ont fait statuer par un tribunal avant de payer le prix, ils seront pleinement libérés. Ce sera au moment de l'acquisition en remploi qu'il faudra se placer pour apprécier la responsabilité : si le remploi est utile à ce moment, les tiers n'auront rien à se reprocher et l'immeuble sera aux risques et périls de la femme. S'il y a eu remploi, ce sera à ceux qui contestent son utilité d'en faire la preuve.

L'action en nullité de remploi est accordée aux héritiers de la femme. La jurisprudence le refuse aux créanciers antérieurs au contrat de mariage, bien que, cependant, cette action ne soit pas un droit personnel à la femme.

CHAPITRE IV

Du remploi légal.

Sous le régime de la communauté le remploi est absolument à la discrétion des parties, il n'en est pas de même sous le régime dotal, où le remploi est obligatoire dans certains cas, d'après les prescriptions de la loi. Ces cas exceptionnels sont contenus dans les articles 1558 et 1559.

Article 1558 : « L'immeuble dotal peut encore être aliéné avec permission de justice et aux enchères, après trois affiches. Pour tirer de prison le mari ou la femme ; pour fournir des aliments à la famille, dans les cas prévus par les articles 203, 205 et 206, au titre du Mariage ; pour payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage ; pour faire de grosses réparations indispensables pour

la conservation de l'immeuble dotal ; enfin, lorsque cet immeuble se trouve indivis avec des tiers et qu'il est reconnu impartageable. Dans tous ces cas, l'excédant du prix de la vente au-dessus des besoins reconnus restera dotal, et il en sera fait emploi comme tel au profit de la femme. »

Article 1559 : « L'immeuble dotal peut être échangé, mais avec le consentement de la femme, contre un autre immeuble de la même valeur, pour les quatre cinquièmes au moins, en justifiant de l'utilité de l'échange, en obtenant l'autorisation de justice et d'après une estimation par experts nommés d'office par le tribunal. Dans ce cas, l'immeuble reçu en échange sera dotal ; l'excédant du prix, s'il y en a, le sera aussi, et il en serait fait emploi, comme tel, au profit de la femme. »

La loi ne parle que d'emploi, mais il est bien évident que les cas qu'elle cite peuvent être considérés comme des cas de remploi. La loi ne veut pas que la femme qui a vendu son immeuble, dans le cas de l'article 1558, reste sans garantie, et ordonne que les fonds provenus de la vente du bien dotal, excédant les nécessités qui ont causé l'aliénation, soient remployés. Dans l'article 1559, sur la simple utilité de l'échange, l'aliénation de l'immeuble dotal est permise, sans condition de remploi. Il n'y a aucune raison de douter pour ces cas si nettement visés par la loi ; mais faudra-t-il étendre,

par analogie le remploi légal à des cas qui ressemblent beaucoup à ceux énumérés dans les articles 1558 et 1559.

La raison de douter est que la subrogation est de droit strict et qu'on ne peut étendre à aucun bien la dotalité et l'inaliénabilité, sauf en vertu de la loi ou d'une convention expresse. Si donc les époux ont convenu dans leur contrat de mariage que la dot serait inaliénable, il ne pourrait en être autrement par la suite. Cependant nous dirons que, si par suite de circonstances indépendantes de leur volonté, l'immeuble dotal a été aliéné, nous pensons nous conformer à l'esprit de la loi, en ordonnant le remploi du prix. Par exemple, si la femme est copropriétaire d'un immeuble et que cet immeuble soit vendu, si c'est un étranger qui est adjudicataire, on ne pourra contester l'utilité du remploi; si c'est la femme, nous dirons que l'article 1558, qui prescrit le remploi de l'excédant du prix, à plus forte raison doit comprendre le cas de partage, puisqu'alors il garantit toute la valeur du fonds dotal.

En cas d'expropriation forcée, si les époux ont traité avec l'administration, à l'amiable, ils doivent se soumettre aux mesures prises par le tribunal, pour la conservation des immeubles, si, au contraire, les époux ne se sont pas entendus avec l'administration, le remploi est de droit.

S'il y a eu une somme déposée, à titre de garantie d'un immeuble constitué en dot, et que la femme ait été évincée de cet immeuble, le prix donné en garantie représentera alors la valeur de l'immeuble et nous rentrerons alors dans le cas prévu par l'article 1558.

Sauf, dans le cas d'expropriation forcée, où le tribunal fixe les conditions du emploi, celles-ci seront les mêmes que dans le emploi conventionnel. La difficulté qui se présentera est que la somme à employer sera souvent peu considérable ; mais depuis la loi de finances de 1862 et celle de 1871, cette difficulté est bien moindre et on pourra faire le emploi en rentes sur l'État.

Il y a cependant quelques différences avec le emploi conventionnel. D'abord les biens qui auront été acquis en emploi facultatif ne seront pas aliénables une seconde fois ; ensuite, dans le cas de emploi conventionnel, les frais du emploi sont à la charge de la femme, si elle accepte le emploi et à la charge du mari, si elle le refuse, tandis que dans le emploi légal, ils seront toujours à la charge de la femme.

Les tiers acquéreurs sont responsables du défaut de emploi. Mais quelle est l'étendue de leur responsabilité ? Certains auteurs ont soutenu que la femme pouvait demander la nullité de l'aliénation. Nous ne le croyons pas : il n'y a pas assimilation entre notre cas et celui de emploi conventionnel, où le emploi est la

condition même de l'aliénation. Le remploi de l'excédant du prix n'est qu'une obligation accessoire, tandis que l'aliénation est parfaite. La seule sanction sera que les tiers acquéreurs pourront avoir à payer une seconde fois l'excédant du prix qui devait être remployé.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. Le mari était, jusqu'à Justinien, propriétaire de la dot.

II. La prohibition d'hypothéquer le fonds dotal ne venait pas de la loi Julia, mais du sénatus-consulte Velléien ou de l'édit d'Auguste interdisant l'intercession des femmes.

III. Le mari, qui avait aliéné le fonds dotal, sans le consentement de sa femme, pouvait le revendiquer lui-même *hic* et *nunc* contre l'acquéreur.

IV. Dans la constitution de 529, Justinien a donné à la femme une hypothèque privilégiée, datant du jour du mariage, sur les biens estimés ou non qu'elle avait apportés en dot.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

I. La prohibition de la restitution anticipée de la dot, au cours du mariage, ne dérivait pas de la prohibition des donations entre époux, mais de la destination de la dot.

II. Le donateur ne pouvait opposer l'exception *legis Cincix* qu'autant qu'il avait payé par erreur la somme promise par lui *animo donandi*.

III. La mauvaise foi du spécificateur ne l'empêchait pas de devenir propriétaire de la *nova species*.

IV. A l'époque classique, le *jussus judicis* tendant à obtenir la restitution d'une chose pouvait être exécuté *manu militari*.

DROIT FRANÇAIS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. Le remploi par anticipation est permis.

II. Pour le remploi des propres du mari, les deux déclarations prescrites par l'article 1434 sont exigées.

III. Le remploi accompli dans les conditions de l'article 1435 est une gestion d'affaires.

IV. Le remploi conventionnel doit aussi être accepté par la femme.

V. Le délai fixé par le contrat de mariage, pour exécuter le remploi, n'est pas obligatoire.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

I. La donation par contrat de mariage tombe sous le coup de l'action Paulienne, malgré la bonne foi du donataire et de son conjoint.

II. L'époux contre lequel la séparation de corps est prononcée, perd les avantages que lui avait faits son conjoint.

III. Le légataire universel ou à titre universel est tenu des dettes et des legs *ultra vires hæreditatis*.

IV. Le refus du débiteur principal de prêter le serment qui lui a été déféré par le créancier n'est pas opposable à la caution.

DROIT DES GENS

I. Les belligérants n'ont pas le droit de visite sur les bâtiments neutres, voyageant sous l'escorte d'un vaisseau de guerre de leur nation.

II. Les traités et conventions d'extradition sont des actes diplomatiques de gouvernement à gouvernement, qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'interpréter.

SCIENCE FINANCIÈRE

I. La monnaie métallique doit avoir une valeur réelle.

II. La dépréciation du papier-monnaie, quand on établit le cours forcé tient : 1° à l'augmentation du numéraire ; 2° au manque de confiance.

Vu par le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu par le Président,

GÉRARDIN.

Vu et permis d'imprimer :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De l'inaliénabilité du fonds dotal.

	Pages
Chapitre I^{er}. — De la dot.	1
Chapitre II. — Mesures prises pour assurer la restitution de la dot avant la loi Julia.	9
Chapitre III. — Loi Julia.	17
§ 1 ^{er} . — Étendue de la loi Julia.....	24
§ 2. — Actes prohibés par la loi Julia.....	27
§ 3. — Exceptions à la loi Julia.....	33
§ 4. — Hypothèque du fonds dotal.....	35
§ 5. — Sanction de la loi Julia.....	38
Chapitre IV. — Législation de Justinien.	43

DROIT FRANÇAIS

Du remploi sous le régime de la communauté.

Historique.	53
Chapitre I^{er}. — Du remploi facultatif sous le régime de la communauté	69
SECTION I ^{re} . — Des biens dont le prix d'aliénation peut servir à opérer le remploi.....	69

SECTION II. — Quels biens peuvent être acquis en emploi...	81
SECTION III. — Emploi des propres du mari.....	87
SECTION IV. — Emploi des propres de la femme.....	95
§ 1 ^{er} . — Emploi au profit de la femme réalisé par la vente d'un bien de communauté ou d'un propre du mari.....	97
§ 2. — Emploi au profit de la femme réalisé par l'ac- quisition du bien d'un tiers.....	98
SECTION V. — Nature de l'acte fait par le mari en faisant une acquisition, en déclarant que c'est pour tenir lieu de rem- ploi à la femme.....	110
Chapitre II. — Emploi conventionnel sous le ré- gime de communauté.....	123
SECTION I ^{re} . — Des personnes en faveur de qui peut être sti- pulée la clause du emploi et sur quels biens elle peut porter.....	125
SECTION II. — En quels biens peut être fait le emploi.....	132
SECTION III. — Du emploi des propres de la femme.....	134
SECTION IV. — Les tiers peuvent-ils être responsables du dé- faut de emploi.....	139
Du emploi sous le régime dotal.....	152
Chapitre III. — Du emploi conventionnel sous le ré- gime dotal.....	155
SECTION I ^{re} . — De la clause de emploi.....	155
SECTION II — Conditions du emploi.....	160
SECTION III. — Conséquences du emploi et du défaut de em- ploi.....	170
§ 1 ^{er} . — Dans les rapports entre les époux.....	171
§ 2. — Vis-à-vis des tiers.....	173
Chapitre IV. — Du emploi légal.....	179
Positions.....	185

Châteauroux. — Typ. et Stéréotyp. A. MAJESTÉ.
